

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXVI – Nuova serie
N.3/2017 (settembre-dicembre)

INDICE

DOTTRINA

MASSIMIANO SCIASCIA

La mutevolezza del concetto di potere e la clausola generale sulla giurisdizione amministrativa nel codice del processo amministrativo 405

RAFFAELE PICARO

La partecipazione delle Università ad enti di diritto privato nella prospettiva della Terza Missione 411

CARLOS BOTASSI

Atto amministrativo illegittimo e responsabilità dello Stato 433

MARCO ANGELONE

Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities 441

VIVIANA MOLASCHI

La democratizzazione delle decisioni science and technology based. Riflessioni sul dibattito pubblico 463

GIULIANO TAGLIANETTI		
	<i>Effettività dei servizi pubblici e tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva europea</i>	483
ANNA DEL PRETE		
	<i>Criticità e prospettive per la disciplina del diritto di accesso generalizzato</i>	507
ALESSANDRO DI MARTINO		
	<i>Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?</i>	531
DOMENICO MARRELLO		
	<i>Profili di giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo spagnolo</i>	551
ALBERTO ZITO		
	<i>La tutela atipica nel processo amministrativo tra principio di effettività, principio di equità e principio di proporzionalità: saggio di metagiurisprudenza</i>	567
SALVATORE DETTORI		
	<i>La funzione di salvaguardia del responsabile del servizio finanziario degli enti locali nella teoria dell'organizzazione amministrativa: profili ricostruttivi</i>	583

Dottrina

La mutevolezza del concetto di potere e la clausola generale sulla giurisdizione amministrativa nel codice del processo amministrativo

di Massimiano Sciascia

SOMMARIO: 1. Esercizio del potere e situazioni soggettive contrapposte. – 2. Qualificazioni dogmatiche del provvedimento. – 3. Posizioni soggettive azionate ed oggetto del giudizio. – 4. Conseguenze di un'impostazione formalistica.

1. *Esercizio del potere e situazioni soggettive contrapposte*

Nell'art. 7 del Codice del processo amministrativo la giurisdizione amministrativa viene qualificata come una sorta di clausola generale protesa a diversificare, pur riconducendole ad unità, le divergenti ipotesi.

L'intento del legislatore è quello di fornire all'interprete delle chiavi di lettura agevoli in argomento, per scongiurare inutili esercizi dogmatici e fornire certezze interpretative, quali esito di pregresse querelle giurisprudenziali e dottrinali senza fine.

Ad ogni modo l'apparente semplicità del linguaggio adottato racchiude in sé concetti concretanti la quintessenza del diritto amministrativo.

Invero, come si evince dal testo della norma, la giurisdizione amministrativa è strettamente connessa all'esercizio o al mancato esercizio del potere amministrativo ed in tale ambito rientrano in essa le controversie concernenti provvedimenti, atti e accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente a detto potere.

La natura ondivaga del concetto di potere spinge lo scrivente a delineare una linea evolutiva in argomento tanto da ricercare nuove chiavi di volta nella struttura dialogica, a tratti di natura conflittuale, tra l'esercizio del potere e le situazioni soggettive scontranti con esso.

Va premesso al riguardo che tradizionalmente il potere è ogni energia capace di spostare le posizioni giuridiche di soggetti dell'ordinamento mediante un atto, esercizio di quel potere ed espressione di un rapporto tra forza dell'autorità e forza della libertà che sta alla base della società¹.

Ebbene, la massima espressione del momento dell'autorità è costituita dall'adozione di provvedimenti amministrativi che realizzano la cura dell'interesse pubblico, rimessa alla singola amministrazione competente a provvedere, tenuto conto dell'idoneità di tale atto ad incidere in maniera unilaterale sui privati. Tanto determina una esigenza specifica di tutela a beneficio dei destinatari dell'azione.

¹ F. BENVENUTI, *L'eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Scritti giuridici*, Napoli, I, 2006, 33.

Sotto tale profilo è il caso di rimarcare che l'autorità del provvedimento consiste nella sua idoneità a modificare situazioni giuridiche altrui, senza necessità dell'altrui consenso e che l'imperatività si manifesta in modo pregnante solo nella vicenda, di solito descritta, come degradazione o affievolimento dei diritti soggettivi. Negli altri casi essa si manifesta come esecutività del provvedimento².

2. *Qualificazioni dogmatiche del provvedimento*

Orbene, le qualificazioni dogmatiche del provvedimento possono, invero, diversificarsi a seconda della prospettiva ermeneutica di partenza.

Infatti, dal punto di vista della struttura, il provvedimento è un atto unilaterale che costituisce esercizio di un potere autoritativo³; dal punto di vista della funzione, il provvedimento è un atto di cura di interessi pubblici; dal punto di vista della formazione è l'atto terminale del procedimento che logicamente e giuridicamente segue la decisione; dal punto di vista della disciplina, è un atto la cui validità è parametrata sui profili funzionali prevalentemente con scarso rilievo di quelli strutturali e la cui efficacia è caratterizzata dall'esecutività. In tali casi non può in alcun modo porsi in dubbio la qualificazione della situazione soggettiva dei privati come interessi legittimi e la conseguente giurisdizione amministrativa di legittimità.

Tuttavia, come poc'anzi esplicitato, l'evoluzione dell'azione amministrativa e del concetto di P.A. conducono oggi il potere a mutare spesso forma con il venir meno del suo tipico esito procedimentale.

In taluni casi, infatti, la P.A. resta titolare di poteri unilaterali autoritativi, ma, anziché esercitare di imperio, sceglie la strada di negoziarne con il privato l'esercizio, giungendo ad accordi con quest'ultimo (art. 11 L. 241/90).

Allo stesso modo l'ampliamento del concetto di P.A. ha determinato la piena assimilazione ad essa di soggetti tenuti al rispetto delle regole pubblicistiche, come gli organismi di diritto pubblico o come i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, i quali, ai sensi dell'art. 1 ter L. 241/90, devono assicurare il rispetto dei criteri e dei principi dell'azione amministrativa. Tale assimilazione è stata recepita, a ben vedere, dall'art. 7 c.p.a.

3. *Posizioni soggettive azionate ed oggetto del giudizio*

Il collegamento con il potere è il tratto distintivo della giurisdizione amministrativa a tenore dell'art. 7 c.p.a. e anche la cognizione dei diritti soggettivi è nella

² F.G. SCOCA *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 8.

³ F.G. SCOCA, *op. cit.*, 9.

clausola generale riferita alla connessione con l'esercizio o il mancato esercizio del potere.

Invero, recependo una lenta e approfondita evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, la norma opera un radicale mutamento di impostazione logica.

Lo spostamento è dalla natura della posizione soggettiva azionata all'oggetto del giudizio, dall'interesse leso al sindacato della funzione pubblica autoritativa. Resta ferma, tuttavia, la natura di tutela di situazioni soggettive e non del diritto oggettivo, propria della giurisdizione amministrativa incentrata sul principio dispositivo dell'iniziativa delle parti.

La formulazione dell'art. 7, quindi, pur confermando la logica della legittimazione e interesse ad agire per l'annullamento dell'atto illegittimo, siccome affetto da uno dei vizi tipici, pone al centro del criterio di riparto non solo e non tanto la consistenza di interesse legittimo della posizione lesa azionata, quanto, soprattutto, l'oggetto della controversia, ossia il fatto che la controversia involga l'esercizio o il mancato esercizio del potere, comunque, esso si sia manifestato.

Tale impostazione, per certi versi, avvicina poi, come dinanzi detto, la giurisdizione esclusiva a quella generale di legittimità, sotto il profilo della comune connotazione per l'essenziale riferimento alla spendita di potere giurisdizionale.

Nel contempo, la formulazione dell'art. 7 c.p.a. recupera la parte essenziale più condivisibile delle decisioni delle Corte Costituzionale nn. 204/2004 e 191/2006⁴, laddove la Corte ha ritenuto la illegittimità delle norme demandate al suo esame proprio in quanto affidavano alla giurisdizione del G.A. anche comportamenti della P.A. che non avevano collegamento alcuno, neppure mediato, con l'esercizio del potere.

Tali decisioni, in altri termini, pur ripudiando il criterio del riparto per materia, poiché ritenuto incostituzionale e confermando il criterio fondato sulla dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi, sancito dagli artt. 103 e 113 Cost., hanno focalizzato l'attenzione sul controllo del potere funzionale, connotando in chiave oggettiva il criterio soggettivo tradizionale, ancorandolo all'elemento dinamico dell'esercizio del potere. La Consulta ha, in definitiva, introdotto una riproposizione del concetto di interesse legittimo come situazione soggettiva che richiede, bensì, una tutela giurisdizionale piena e non minore di quella accordata al diritto, ma, tuttavia, capace di cogliere l'essenza e la peculiarità di tale posizione soggettiva che risiedono, appunto, nella sua dialettica con la funzione autoritativa. Pertanto in tale prospettiva la tutela non può mai ridursi ad essere costretta entro il punto di vista del rapporto col diretto destinatario dell'atto, postulando, invece, una indefettibile considerazione, a più ampio raggio, dell'interesse pubblico necessariamente implicato dall'atto amministrativo in quanto decisione pubblica di ciò che è legge e di ciò che è interesse pubblico nel caso concreto.

⁴ Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191; Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204.

4. *Conseguenze di un'impostazione formalistica*

Ciò posto, è evidente che un'impostazione formalistica e restrittiva dei rapporti tra P.A. e cittadino potrebbe indurre a ritenere che la mera emanazione di un provvedimento sarebbe *ex se* ostativa alla configurazione di una posizione di diritto soggettivo, mentre i diritti civili o politici (art. 2 L.A.C.) possono configurarsi solo nel caso di attività contrattuale e paritetica della P.A.

Tuttavia si è da tempo diffusa la consapevolezza che anche a fronte dell'attività amministrativa della P.A. possono sorgere tanto situazioni di diritto soggettivo e politico, quanto situazioni di interesse legittimo, giacché non è sufficiente la formale spendita di potere pubblico a negare o degradare la posizione di diritto soggettivo, essendo necessario che detto esercizio sia confortato dall'esistenza di una norma attributiva del potere. Tuttavia nella teoria in parola vi era *in nuce* un punto centrale importante ed almeno in parte non erraneo: in via di principio nell'urto tra diritto soggettivo e provvedimento amministrativo il primo arretra e scompare⁵. Il problema è che non sempre si verifica tale evenienza. Non vi è dubbio, infatti, che l'atto amministrativo che incide sulla situazione di diritto soggettivo del privato sicuramente elimina tale situazione giuridica quando è legittimo, ma cosa accade quando esso è illegittimo? Si può chiedere, infatti, se esso sia del pari idoneo a eliminare il diritto soggettivo investito, salvo ad emergere, in luogo di questo, una situazione di interesse legittimo (la c.d. degradazione) oppure se l'illegittimità precluda siffatto effetto di degradazione.

Se si ritiene che l'atto illegittimo non produca i suoi normali effetti si afferma, quindi, che il diritto soggettivo investito resiste ed è il G.O. a dovere integrare il patrimonio giuridico del privato leso dal provvedimento. Se si ritiene, di contro, che li produce è chiaro che si nega la giurisdizione del G.O. perché non vi è più diritto soggettivo, ma una situazione di interesse legittimo residuo dalla degradazione. Una prima situazione nella quale il diritto soggettivo resiste di fronte al potere autoritativo della P.A. è costituita dai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti: si è in una situazione particolare di illegittimità per violazione delle norme costituzionali. Vi sono, tuttavia, altre situazioni che non affievoliscono di fronte all'esercizio delle potestà discrezionali. Da tempo si assume, infatti, che i provvedimenti emessi in carenza di potere da parte della P.A. non comportano degradazione del diritto ad interesse. La tesi è stata sostenuta per la prima volta dalla Cassazione a Sezioni Unite n. 1657/1949, secondo la quale se il cittadino nega che il potere discrezionale di disporre di quel suo diritto sia conferito dalla legge alla P.A., si tratta di accertare se il diritto soggettivo sia tale anche di fronte alla P.A. e, quindi, sussiste la giurisdizione del G.O.

Se, invece, la controversia abbia per oggetto l'esercizio che si pretende

⁵ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 139.

scorretto del potere discrezionale sotto l'aspetto della forma della competenza o del contenuto, la giurisdizione sarà del G.A.⁶ A tale impostazione si è poi adeguato anche il Consiglio di Stato fin dall'adunanza plenaria n. 20/54⁷. Le due giurisdizioni si sono poi progressivamente spostate dall'affermazione secondo cui l'accertamento di tale criterio discrezionale debba farsi sulla base della domanda indipendentemente dall'effettiva natura della posizione del privato in base alla norma giuridica (teoria della prospettazione) all'affermazione, che si va consolidando dalla metà degli anni '50, secondo cui si deve aver riguardo al vero oggetto della controversia, ossia alla materia dedotta in giudizio sulla base delle norme invocate, ossia sulla base del carattere oggettivo della formulazione della domanda e non su quello soggettivo, cioè della prospettazione.

Le affermazioni in tal senso si riscontrano nella giurisprudenza più recente. Ad esempio, la mera affermazione che il sindaco abbia agito in carenza di potere non è sufficiente a radicare la giurisdizione del G.O. Per converso in ordine alla domanda diretta all'accertamento che la richiesta di pagamento nell'ambito di poteri pubblicistici del Comune è priva di titolo perché non fondata su norme di legge (teoria del *petitum sostanziale*) si è ritenuta la carenza di potere con giurisdizione del G.O.⁸

Nell'esposto ordine di idee, pertanto, anche gli elementi processual-civilistici, di cui il codice di procedura amministrativa arricchisce la giustizia amministrativa e che inducono molti autori a ravvisare uno spostamento dell'asse gravitazionale del processo amministrativo dall'atto al rapporto, restano, comunque, bilanciati dal riconoscimento compiuto dall'art. 7 c.p.a. della funzione propria e tipica del G.A. nella giurisdizione generale di legittimità, quale giudice della funzione autoritativa pubblica.

L'estensione al rapporto, dunque, non sembra poter essere ricondotta ad una restrizione del sindacato al solo profilo bilaterale intercorrente tra P.A. e ricorrente, ma deve connotarsi con maggior aderenza alla ragion d'essere che giustifica l'esistenza di un'autonoma giustizia amministrativa, come una considerazione, sia pure nei limiti del chiesto e del dedotto dell'episodio provvedimentale, nel suo nucleo centrale di decisione pubblica, potenzialmente esteso ad un ambito di destinatari ben più ampio del rapporto con il destinatario diretto che impugna l'atto.

⁶ Cass. civ., Sez. Un., 28 giugno 1949, n. 1657.

⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 16 giugno 1954, n. 20.

⁸ Cass. civ., Sez. Un., n. 18052/2002.

Abstract

The fickleness of the concept of power and the general clause on the administrative competence in the Code of the Administrative Proceedings

by Massimiano Sciacia

The waving nature of the concept of power drives to outline such an evolving line to the point to seek for new keystones in the dialogical structure, at intervals conflictual, between the exertion of the power and the subjective situations conflicting with it.

If power is any kind of energy able to move the legal positions of subjects of the system, balancing between authority and freedom, the utmost expression of the time of authority is the adoption of administrative measures which take care of the public interest.

It follows that the connection with the power is the distinguishing mark of the administrative competence according to par. 7 a.p.c. and also the knowledge of the rights is in the general clause related to the connection with the exertion or the non-exertion of the power.

La partecipazione delle Università ad enti di diritto privato nella prospettiva della Terza Missione

di Raffaele Picaro

SOMMARIO: 1. Analisi del contesto. – 2. Gli enti partecipati dalle università: criticità sistemiche o opportunità per il decollo della Terza Missione? Spunti per una riflessione. – 3. Perimetro degli organismi partecipati dalle università alla ricerca di un nuovo assetto nel mutato contesto sociale e di mercato. – 4. Strumenti giuridici per l'affidamento di servizi strumentali. Declinazione del modello dell'*in house providing*: analisi critica della sua implementazione in ambito universitario. – 5. Recenti approcci normativi: dall'adozione dei piani operativi di razionalizzazione delle partecipate pubbliche al TUSP. Esiti delle politiche di contenimento della spesa pubblica nel contesto degli enti partecipati dalle università. – 5.1. *Segue*. Il processo di razionalizzazione e le università. – 6. Criticità gestionali delle partecipate pubbliche e strategie di rilancio dei servizi erogati dalle università nell'ambito della Terza Missione. – 7. Dal modello umboldtiano alla *entrepreneurial university*.

1. *Analisi del contesto*

Di recente approdo, la Terza Missione¹ è intesa come l'insieme delle attività con le quali le università e gli enti di ricerca entrano in relazione diretta con la società, ovvero che hanno un effetto, diretto ed indiretto, sull'economia, la cultura e la società del territorio in cui operano². Precipua prerogativa di tale funzione è di essere il principale agente di innovazione delle altre due missioni dell'istituzione universitaria – didattica e ricerca – e, quindi, del modo stesso di essere e di operare delle università nei rispettivi territori³.

¹ G. VESPERINI, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 2, p. 197 ss.; A. SANDULLI, *Il cantiere giuridico dell'università*, *ivi*, 2016, 5, p. 35 ss.; M. VAROTTO, *Tertium non datur. La terza missione come strumento di legittimazione pubblica: un'agenda per la geografia italiana*, in *Boll. soc. geog. it.*, 2014, p. 637 ss. Cfr. N. PAPARELLA, *L'università alle soglie del terzo millennio*, in L. MARTINIELLO (a cura di), *Università. Verso nuovi modelli di management*, Napoli, 2012, p. 15 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Ci vuole poco per fare una Università migliore. Guardando oltre la "Riforma Gelmini"*, Fagnano Alto, 2011, *passim*; M. MICHELINI (a cura di), *Idee di università e strategie degli atenei italiani*, Firenze-Milano, 2016, *passim*. In materia F. GALGANO, F. ADDIS, P. GROSSI, G. VISINTINI e M. GRONDONA, *Dibattito a più voci intorno alla crisi delle università italiane e al libro di Vincenzo Zeno Zencovich, Ci vuole poco per fare una Università migliore. Guardando oltre la "Riforma Gelmini"*, in *Contr. impr.*, 2012, 2, p. 315 ss. Da ultimo ASSOCIAZIONE TREELLE, *Dopo la riforma: università italiana, università europea? Proposte per il miglioramento del sistema terziario*, 13, Genova, 2017, *passim*.

² T. AGASISTI, *Terza missione delle università: aspetti metodologici ed esperienze applicative*, in *Master SUM*, Politecnico di Milano, 15 gennaio 2016.

³ Sul tema C. BARBATTI, *La natura e il regime giuridico delle università e degli enti pubblici di ricerca*, in G. CATALANO (a cura di), *L'inquadramento fiscale delle università e degli enti di ricerca: vincoli e opportunità*, Bologna, 2013, p. 15 ss.

Già dal finire del secolo scorso e più attivamente nel primo decennio di quello corrente, le università e gli enti di ricerca hanno assunto un nuovo ruolo nell'ambito della propria *mission* istituzionale, affiancando alla didattica e alla ricerca, anche il trasferimento tecnologico. Successivamente, ed in prospettiva di superamento della più ristretta nozione di tale funzione, è intervenuta l'istituzionalizzazione della Terza Missione, nell'ambito della quale sono state ricomprese l'attività di valorizzazione della ricerca (brevetti, *spin-off*, contratti conto-terzi e convenzioni, intermediari) e di produzione di beni pubblici sociali e culturali (*public engagement*, patrimonio culturale, formazione continua, sperimentazione clinica). Non va sottaciuto come, in questo percorso, l'influenza anglosassone, statunitense *in primis*, abbia giocato un ruolo decisivo. Invero siffatte attività, piuttosto "nuove" per gli atenei italiani, invece già consolidate nel Nord America e in Gran Bretagna, stavano crescendo a ritmo elevato nel resto dell'Europa. La l. 20 dicembre 2010, n. 240 (cd. legge Gelmini), introducendo l'obbligo di rinnovo degli statuti universitari, ha favorito il processo di istituzionalizzazione della Terza Missione, affiancando di fatto e a pieno titolo le attività ad essa riconducibili alle tradizionali funzioni di didattica e ricerca. Per effetto della novella, con la Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR) 2011-2014⁴, per la prima volta in Italia sono state oggetto di valutazione sistematica le attività di Terza Missione delle università e degli enti di ricerca. Invero, già nell'esperienza VQR 2004-2010⁵ era stato avviato un processo di valutazione delle attività riconducibili a detta funzione con la definizione di alcuni indicatori di valutazione sia dal punto di vista strettamente tecnologico⁶, che da quello delle scienze umane⁷. Dunque, aderendo agli *standard* e alle linee guida per l'assicurazione della qualità dell'istruzione superiore nello spazio europeo⁸, che hanno ricevuto il loro abbrivio dal Processo di Bologna⁹, il concetto di apertura verso il contesto socio-economico mediante la valorizzazione e il trasferimento delle conoscenze aveva già fatto ingresso nel sistema univer-

⁴ D.m. 27 giugno 2015, n. 458. Sul tema ANVUR, *La valutazione della terza missione nell'ambito della VQR 2011-2014: un confronto con le università e gli enti di ricerca*, Roma, 28 giugno 2016.

⁵ D.m. 15 luglio 2011, n. 17, in G.U. 7 novembre 2011.

⁶ Contratti di ricerca e consulenza con committenza esterna, brevetti, creazione di imprese *spin-off*, partecipazione a incubatori e consorzi con finalità di trasferimento tecnologico.

⁷ Gestione di siti archeologici e poli museali e altre attività di Terza Missione.

⁸ Cfr. da ultimo ESG 2015, *Standard e Linee Guida per l'Assicurazione della Qualità nello Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore approvate dalla Conferenza Ministeriale a Yerevan*, 14-15 maggio 2015.

⁹ Lo Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore si basa su un accordo intergovernativo di collaborazione formalmente sottoscritto nella Conferenza interministeriale tenuta a Budapest e Vienna nel marzo 2010. L'iniziativa era stata lanciata come Processo di Bologna alla conferenza dei ministri dell'istruzione superiore che si era tenuta a Bologna nel giugno 1999 ed era stata ispirata dall'incontro dei Ministri di Francia, Germania, Italia e Regno Unito del 1998 alla Sorbona.

sitario. Ma si deve al d.lgs. n. 19 del 2012¹⁰, che definisce i principi del sistema di Autovalutazione, Valutazione Periodica ed Accredimento, e al successivo d.m. n. 47 del 2013¹¹, che identifica gli indicatori e i parametri di valutazione periodica dell'attività universitaria, il riconoscimento esplicito della Terza Missione come funzione istituzionale delle università, accanto a quelle tradizionali di insegnamento e ricerca. In ultimo, sulla base dell'art. 2, co. 6, d.m. 27 giugno 2015, n. 458, nell'ambito della Valutazione della Qualità della Ricerca 2011-2014 è stato considerato il profilo di competitività delle università per le attività di Terza Missione. Secondo le linee guida ANVUR sulla VQR 2011-2014, le attività di Terza Missione possono essere classificate in due sottocategorie principali e varie sottoclassi: attività di trasferimento tecnologico (gestione della proprietà intellettuale, *spin-off*, attività conto terzi, attività di intermediazione); produzione di beni pubblici (produzione di beni e servizi culturali, *trials* clinici, formazione continua *public engagement*). Di particolare interesse ai fini del presente lavoro sono gli indicatori che l'ANVUR individua con specifico riferimento agli *spin-off*: impatto sul mercato del lavoro; impatto economico; evoluzione degli *spin-off*¹². L'attivazione di imprese *spin-off*, infatti, è l'elemento di principale novità nelle attività di trasferimento tecnologico e quello che ha destato maggiore attenzione dei ricercatori e degli osservatori per le conseguenze immediate e rilevanti a livello locale¹³. Così come altrettanto interesse suscitano le attività di intermediazione verso l'esterno che includono incubatori, consorzi, parchi scientifici. Nel caso di specie la valutazione dell'ANVUR riguarda l'occupazione creata mediante gli intermediari.

Compito sfidante della Terza Missione è la ridefinizione dei confini dell'attività universitaria, in termini di contributo allo sviluppo economico e sociale del territorio in cui essa opera. In particolare, tale funzione favorisce l'emersione del contributo delle università per lo sviluppo di una nuova imprenditorialità in grado di affermarsi sul mercato sfruttando le potenzialità progettuali e tecniche dell'ambiente accademico, così favorendo l'occupazione giovanile attraverso la

¹⁰ D.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19, in G.U. 8 marzo 2012, n. 57.

¹¹ D.m. 30 gennaio 2013, n. 47. Sul tema cfr. anche d.m. 23 dicembre 2013, n. 1059.

¹² Con il termine *spin-off* universitario si intende quella particolare modalità di creazione di impresa che si propone di inserire nel mondo imprenditoriale studenti dei corsi di studio, laureandi, neolaureati, allievi dei corsi di specializzazione e di dottorato, borsisti post laurea e postdottorato, titolari di assegni di ricerca, ricercatori, professori, dipendenti delle università appartenenti al personale tecnico amministrativo, proiettando sul mercato strutture istituzionali quali i Dipartimenti e ancorando in maniera più incisiva la formazione universitaria di tutti i livelli alle esigenze della realtà economica esterna costituita dalle imprese produttrici di beni e servizi. Sul tema P. ZANELLI, *Nuovi percorsi dalla ricerca all'impresa: l'esperienza di spin-off intrapresa dall'università di Bologna*, in *Contr. impr.*, 2000, 3, p. 1461.

¹³ Alla fine del 2015 le università italiane avevano promosso quasi 1200 *spin-off* (a partire dal 2001). Dopo un calo di attivazioni nel 2008 e 2009, dal 2010 il numero di *spin-off* avviati nelle università italiane si è mantenuto sopra le 100 unità per anno.

creazione di nuovi posti di lavoro e di nuove figure professionali. L'approccio si conforma agli attuali *trend* volti ad agevolare il trasferimento tecnologico, le competenze scientifiche e tecniche dall'università all'industria attraverso interventi finanziari flessibili e diversificati di sostegno alla ricerca applicata. Non va, tuttavia, sottaciuta la preoccupazione che l'esplicazione di una tale prerogativa possa snaturare la vocazione originaria delle università, trasformandole da luogo di produzione del sapere in soggetti erogatori di servizi.

2. *Gli enti partecipati dalle università: criticità sistemiche o opportunità per il decollo della Terza Missione? Spunti per una riflessione*

Tra le principali politiche di contenimento della spesa pubblica degli ultimi anni, emerge con profili di particolare evidenza l'attenzione che il legislatore ha rivolto agli organismi partecipati dagli enti pubblici, la cui gestione è stata sottoposta a verifica con riguardo alla tutela della concorrenza ma soprattutto in relazione ai riflessi delle esternalizzazioni sul bilancio degli enti soci, senza mancare di considerare i fenomeni elusivi dei vincoli di finanza pubblica. Per conseguire tali obiettivi sono stati posti limiti alla costituzione delle società partecipate pubbliche, disponendone la razionalizzazione mediante la ristrutturazione o la liquidazione. La materia, tuttavia, – almeno sino al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175¹⁴ (di seguito TUSP) – è stata disciplinata da disposizioni non omogenee, adottate in mancanza di un disegno sistematico, che si sono sovrapposte alla disciplina di diritto comune alla quale, comunque, sono soggetti gli enti costituiti in base alla disciplina del codice civile. In questo contesto, un incisivo ruolo di indirizzo è stato assunto dalla giurisprudenza della magistratura contabile, alla quale si devono le principali linee interpretative del settore emanate negli ultimi anni. In ambito universitario, la partecipazione a soggetti giuridici esterni trova fondamento negli statuti di ateneo, in varie disposizioni ora più puntuali ora di principio o anche di rinvio alla normativa generale, nelle norme del codice civile, e in alcune disposizioni speciali, quale l'art. 91 *bis* del d.P.R. n. 382 del 1980¹⁵ –

¹⁴ In conseguenza di Corte Cost. n. 251 del 2016, il Consiglio di Stato (parere n. 83 del 17 gennaio 2017) ha esplicitato i criteri per conformarsi ai rilievi della Consulta, e successivamente il Consiglio dei ministri del 9 giugno 2017, ha approvato, in esame definitivo, un intervento integrativo e correttivo del testo entrato in vigore il 23 settembre 2016.

¹⁵ Disposizione inserita dall'art. 13, l. 9 dicembre 1985, n. 705, «Le università possono partecipare a consorzi o a società di capitale per la progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico ai sensi delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089, 2 maggio 1976, n. 183, 21 maggio 1981, n. 240, 17 febbraio 1982, n. 46, 1° dicembre 1983, n. 651, a condizione che: la loro partecipazione sia rappresentata da esclusivo apporto di prestazione di opera scientifica; l'atto costitutivo preveda l'esclusione per esse da eventuali obblighi dei soci di versare contributi in denaro e che gli utili non vengano ripartiti ma reinvestiti per finalità di

ritenuta dai più la principale norma di riferimento in tema di partecipazioni delle università a soggetti di diritto privato – e principalmente nella legge Gelmini. A tali riferimenti normativi si aggiungono le previsioni del TUSP che, in maniera oltremodo significativa, trovano applicazione, in quanto compatibili, anche per le università. Dunque, alle istituzioni universitarie, in quanto enti pubblici aventi finalità di didattica e ricerca nonché di Terza Missione – come di seguito si specificherà –, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, è consentita la costituzione di nuovi soggetti giuridici, anche in veste societaria, e partecipare agli stessi solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali, in virtù di un principio generale dell'ordinamento, già codificato dall'art. 3, co. 27, l. n. 244 del 2007 ed ora ribadito dal TUSP.

La disposizione legislativa appena richiamata, conformandosi ad un orientamento già emerso in sede di giurisprudenza di legittimità, al precipuo scopo di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato nonché di assicurare la parità degli operatori economici, dettava disposizioni precise riguardanti i presupposti per il mantenimento e la dismissione delle società medesime¹⁶. Dunque, a partire dalla legge sopracitata, si è dato avvio al processo di riordino delle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, e in adempimento agli obblighi imposti dalla suddetta normativa le università hanno proceduto all'analisi delle proprie partecipazioni societarie, avviando inoltre il lavoro di ricognizione e verifica di tutte le proprie partecipazioni in enti esterni, con l'adeguamento e l'aggiornamento delle proprie linee guida. In tale contesto, occorre precisare che con la l. n. 190 del 2014 (legge di stabilità 2015) – che ha introdotto ai co. 611 ss. dell'unico articolo di cui è composta, alcune disposizioni volte a disciplinare il processo di riorganizzazione e riduzione delle società partecipate – anche le università¹⁷ hanno dovuto avviare un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione

carattere scientifico; sia assicurata la partecipazione paritaria della università, nell'impostazione dei programmi di ricerca; le relative iniziative fruiscono di finanziamenti non inferiori alla metà da parte di organismi pubblici nazionali, internazionali o esteri; ogni eventuale emolumento corrisposto ai professori universitari o ai ricercatori che facciano parte degli organi sociali sia versato alle università di appartenenza. I proventi derivanti da eventuali contratti di ricerca o di consulenza richiesti ad università siano corrisposti secondo quanto stabilito nel precedente articolo 66. Gli eventuali utili spettanti alle università siano da queste destinati a fini di ricerca. La partecipazione dell'università è deliberata dal consiglio di amministrazione, udito il collegio dei revisori».

¹⁶ Disponendo in particolare al co. 27 che le predette Amministrazioni «non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di 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, ammettendo comunque sempre la costituzione di società che producono servizi di interesse generale ...».

¹⁷ «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».

delle stesse entro il 31 dicembre 2015. Ulteriori adempimenti, da effettuarsi entro il 31 marzo 2016, si connettevano alla predisposizione di una relazione sui risultati conseguiti, che doveva essere trasmessa alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicata nel sito *internet* istituzionale dell'amministrazione interessata. È importante segnalare come la pubblicazione del piano di razionalizzazione nonché della relazione connessa, costituiva obbligo di pubblicità ai sensi del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Da questo punto di vista, appare evidente come anche per le università si sia posto il problema di avere un quadro chiaro ed approfondito degli effetti che le loro partecipazioni in società, consorzi ed enti pubblici e privati hanno sul bilancio degli atenei¹⁸ e di darne adeguata informativa¹⁹.

Come si è avuto modo di sottolineare, allo scopo di realizzare un riassetto normativo degli organismi partecipati dagli enti pubblici, nel quadro della riforma del sistema delle autonomie territoriali, con intuibili riflessi anche per gli enti pubblici non territoriali, è stato emanato il TUSP, che ambisce a definire una compiuta disciplina degli organismi partecipati pubblici. L'esercizio della delega contenuta nella l. n. 124 del 2015 ha fornito l'opportunità di perseguire l'obiettivo di realizzare una semplificazione normativa in materia, in uno con l'occasione di delineare una più efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche nonché una disciplina adeguata della concorrenza, della razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica. Come è noto, il recente arresto della Consulta²⁰ ha imposto l'adozione di alcuni correttivi al d.lgs. n. 175 del 2016. Dando conto di una precisa opzione di politica legislativa, l'art. 15, co. 1, lett. d), d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100²¹ ha introdotto all'art. 26, d.lgs. n. 175 del 2016 (rubri-

¹⁸ Sul tema cfr. anche art. 3, co. 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria anno 2008) ed art. 19, co. 2, d.l. n. 78 del 2009, convertito con l. 3 agosto 2009, n. 102.

¹⁹ Art. 22, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni).

²⁰ Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251, in *Foro it.*, 2017, 2, 1, c. 451, con nota di G. MONACO, *La pronuncia della Corte costituzionale sulla "Riforma Madia" incide sul sistema della fonti del diritto*, in *Giur. it.*, 2017, 3, p. 733, con nota di A. MEALE, *Organizzazione della P.A. Il principio di leale collaborazione tra competenze statali e regionali*, in *Urb. app.*, 2017, 3, p. 366. Cfr. B. G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, p. 179 ss.

²¹ Su cui G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, p. 601 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le società a partecipazione pubblica. Tipologie, efficienza e questioni interpretative*, Relazione al 63° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 21-23, settembre 2017. In materia cfr. A. NIUTTA e A. POLICE, *Forma e realtà nella società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Rin. dir. comm.*, 1999, p. 477 ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997, *passim*; ID., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, p. 116 ss.; R. URSI, *Il patrimonio delle società a capitale pubblico*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici tutela, valorizzazione e gestioni*, Milano, 2008, p. 131 ss.; G. PANZIRONI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Serv. pubb. app.*, 2004, p. 131 ss.; F. R. FANTETTI, *La responsabilità degli organi delle società a partecipazione pubblica*, in

cato “Altre disposizioni transitorie”) il co. 12 *ter*, per effetto del quale, le società costituite, ai sensi degli artt. 2 e 3, d. lgs. n. 297 del 1999²² con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari previste dall’art. 6, co. 9, della l. n. 240 del 2010, nonché quelle degli enti di ricerca recanti caratteristiche analoghe, ed ancora le società costituite dalle università per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche, dovranno conformarsi alle disposizioni di cui all’art. 20 del TUSP (“Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche”) decorsi cinque anni dalla loro costituzione²³.

3. *Perimetro degli organismi partecipati dalle università alla ricerca di un nuovo assetto nel mutato contesto sociale e di mercato*

In via preliminare preme evidenziare come il tema dell’esercizio di attività di impresa da parte delle università aveva ricevuto un approfondito vaglio da parte dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria²⁴: il quesito aveva riguardato la possibilità ed i limiti in cui le università, alle quali l’ordinamento chiede una maggiore interazione con la comunità e che avvertono la necessità di ricorrere all’esterno per reperire risorse finanziarie, possono esercitare attività di impresa. La questione nodale posta al vaglio della Plenaria è stata la costituzione da parte delle università di società con finalità lucrative, destinate ad operare sul mercato, in regime di concorrenza per offrire prodotti o per prestare servizi. Deve premettersi che la disciplina normativa di cui all’art. 3, co. 27, l. n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008) esclude la possibilità per le pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1 d.lgs. n. 165 del 2001 di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Rimane, viceversa, ammessa la costituzione o l’acquisizione di partecipazioni in società senza scopo di lucro che siano strumentali al perseguimento di interessi di carattere generale. La legge finanziaria del 2008 prevedeva,

Resp. civ., 2012, 6, p. 459 ss. e da ultimo C. IBBA, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità erariale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, p. 443 ss.

²² Rubricato “Riordino della disciplina e snellimento delle procedure per il sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, per la diffusione delle tecnologie, per la mobilità dei ricercatori”.

²³ M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 4, p. 441 ss.

²⁴ Cons. stato, adunanza plenaria, 3 giugno 2011, n. 10, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, p. 287 ss., con commento di C. MARZUOLI, *Le università e l’uso di forme organizzative di diritto privato* e in *Urb. app.*, 2011, 12, p. 1457 ss., con commento di S. SPUNTARELLI, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*.

inoltre, una disposizione di coordinamento con il precedente regime. Il co. 29 del medesimo articolo dispone che, entro il termine di trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, le amministrazioni *de quibus*, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, devono cedere a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del co. 27. Il quadro normativo descritto non presenta particolari dubbi interpretativi ed è stato confermato dal TUSP. La questione rimessa al vaglio dell'Adunanza plenaria riguardava, invece, una controversia temporalmente anteriore alla legge finanziaria del 2008. L'interrogativo posto ai giudici di Palazzo Spada era se le disposizioni di cui alla suddetta innovazione legislativa fossero null'altro che la positivizzazione di un principio già implicitamente presente nel nostro ordinamento ovvero si trattasse di una disciplina innovativa e come tale applicabile solo alle controversie nel frattempo insorte. La decisione, invero, desta particolare interesse laddove si occupa in maniera specifica della questione relativa al ricorso alle forme private di organizzazione ed azione dell'amministrazione, nonché quella della natura degli atti adottati al riguardo, rimarcandosi la rilevanza del principio della stretta strumentalità. Un'università può costituire o partecipare a società destinate ad operare sul mercato a condizione che sussista un nesso di stretta strumentalità con le sue finalità istituzionali (ricerca e didattica ma oggi anche, con risvolti inediti, Terza Missione); tale connessione deve trovare dettagliata esplicazione nella disciplina in concreto adottata ed anche in relazione alle formalità tese ad assicurare la finalizzazione delle attività di siffatte società ai predetti fini istituzionali. La decisione del Consiglio di Stato, pur occupandosi di università e della correlata possibilità di svolgere un'attività di tipo imprenditoriale, afferma un principio di carattere generale che riguarda ogni ente pubblico e ogni tipo di attività²⁵. I giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che le finalità istituzionali costituiscono un vincolo ineludibile per ogni ente pubblico, comprese le università; che detto vincolo si precisa in termini di strumentalità; che gli atti con cui si provvede alla costituzione, all'adesione o alla modificazione di un ente del libro I o del libro V del codice civile, sono provvedimenti amministrativi per ciò che attiene alla fase prodromica, negoziali, e dunque di diritto privato, invece i successivi²⁶. Tanto chiarito, la questione rimaneva aperta: occorre, infatti, individuare i principi e i criteri per decidere se una certa attività si mantenga entro il perimetro delle finalità istituzionali. In questa direzione, i giudici di Palazzo Spada, offrendo argomentazioni puntuali,

²⁵ C. MARZUOLI, *loc. ult. cit.*

²⁶ C. MARZUOLI, *loc. ult. cit.* Cfr. G. TORREGROSSA, *Capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e disciplina degli appalti pubblici*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 102-103; G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Econ. dir. terz.*, 1999, pp. 346-347.

non mancano di soffermarsi sul concetto di strumentalità rispetto ai fini istituzionali, chiarendo il rapporto tra strumentalità sostanziale e meramente organizzativa. La costituzione di una società (per gli enti non aventi fini di lucro), si afferma, è generalmente ammissibile solo se il modello utilizzato è quello della società *in house*, perché si tratta di un modulo organizzativo neutrale, che rientra nell'autonomia dell'ente, con il limite intrinseco che ogni articolazione è sempre e necessariamente strumentale al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente medesimo²⁷.

Quanto al perimetro degli enti partecipati dalle università, in via preliminare si osserva che se è vero che la nozione di pubblica amministrazione si declina al plurale, *a fortiori* risulta mutevole l'elenco delle unità istituzionali rientranti nel cd. "settore S13", che comprende, accanto agli organismi pubblici dello Stato e degli enti territoriali, le unità istituzionali che producono beni non destinabili alla vendita soggetti a controllo pubblico, a prescindere dalla forma giuridica da esse rivestita. L'appartenenza o meno alla predetta categoria è foriera di rilevanti effetti giuridici, tra cui la soggezione a determinati vincoli negli acquisti di beni e servizi²⁸. Ancora diversa è la definizione di "organismo di diritto pubblico" accolta nel precedente codice dei contratti pubblici (art. 3, co. 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) ma trasfusa anche nel nuovo codice (art. 3, co. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che, in attuazione della normativa sovranazionale, include tra i soggetti obbligati a seguire le procedure di evidenza pubblica qualsiasi organismo, anche in forma societaria, che presenti determinate caratteristiche²⁹. Dunque, il gruppo "amministrazione pubblica territoriale e non territoriale" è formato da un'aggregazione di soggetti eterogenei nati per soddisfare bisogni o interessi collettivi.

Le partecipazioni universitarie sono classificabili in fondazioni, associazioni, centri di competenza, consorzi a partecipazione mista, consorzi interuniversitari, distretti tecnologici, g.a.l., società di capitali, *spin-off* universitari. Particolarmente problematica è l'interpretazione delle disposizioni che disciplinano i rapporti con tali organismi. A fronte del chiaro intento del legislatore di estendere il perimetro del consolidamento e del

²⁷ Cons. stato, adunanza plenaria, 3 giugno 2011, n. 10, cit.

²⁸ Cfr. art. 6, d.l. n. 78 del 2010; art. 1, co. 7 e 5, d.l. n. 95 del 2012; art. 1, co. 141, l. 24 dicembre 2012, n. 228.

²⁹ In particolare deve trattarsi di organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

controllo, si evidenzia, nelle singole misure, una tendenza alla frammentazione dell'universo che li riguarda³⁰. In realtà, le società di capitali, partecipate da enti pubblici per le loro finalità istituzionali, conservano la propria natura privatistica, ancorché di diritto singolare: la Relazione illustrativa all'art. 2458 c.c. (attuale art. 2449 c.c.) conferma che «è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici». Anche i rapporti tra ente socio e società partecipata (e i relativi poteri di controllo) sono disciplinati dal diritto civile. La soggezione delle società pubbliche alle regole del codice civile, da un lato, è aderente ai principi di economicità dell'azione amministrativa (art. 97, co. 1, cost.) e, dall'altro, è coerente con la tutela della concorrenza. Tuttavia, il profilo privatistico e quello pubblicistico si coniugano quando il capitale/fondo di dotazione è interamente posseduto da pubbliche amministrazioni, derivando da tale condizione rilevanti quanto numerosi vincoli gestori.

Sebbene privo di ricadute applicative, l'ampio processo di ristrutturazione dell'organizzazione pubblica e di privatizzazione delle università ha trovato un importante suggello con l'art. 59, co. 3, l. n. 388 del 2000, che ha previsto la possibilità di costituire, singolarmente o in forma associata, fondazioni di diritto privato disciplinate da uno specifico regolamento di attuazione (d.P.R. 24 maggio 2000, n. 254). La "fondazione di partecipazione" corrisponde alla tipologia delle "fondazioni strumentali agli enti pubblici fondatori" (c.d. fondazione amministrativa)³¹. Essa, nascendo per iniziativa di una o più entità senza assumere per questo carattere associati-

³⁰ A tal riguardo le Sez. Riun. della Corte dei Conti (Audizione sul disegno di legge in materia di "Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche" (AC 3098), del 3 giugno 2015) avevano ritenuto riduttivo il perimetro tracciato dall'art. 14 del d.d.l. "Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche", essendo ben più ampio l'universo degli organismi partecipati/controllati dalle pubbliche amministrazioni.

³¹ In argomento P. RESCIGNO, *Negoziato privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento*, in *Giur. it.*, 1968, cc. 1353-1358; G. ALPA (a cura di), *Le fondazioni: tradizioni e modernità*, Padova, 1988, *passim*; G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: origine e regole*, in *Id.*, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, *passim*; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 463; S. CASSESE, *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, II, 1, p. 161; *Id.*, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1998, p. 583; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 64 ss.; A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 394; G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano, 2010, p. 38; A. FUSARO, *Profili giuridici della partecipazione dell'impresa nel soggetto non profit: l'opzione tra fondazione e associazione*, in *Notariato*, 2007, p. 328 ss.; *Id.*, *La trasformazione delle fondazioni di partecipazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 267; S. DI DIEGO, *La fondazione di partecipazione: un patrimonio di destinazione a struttura aperta*, in *Enti non profit*, 2005, p. 99 ss.; P. MANES, *Le nuove prospettive in materia di fondazioni*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 265 ss.

vo, è formata da una pluralità di soggetti che costituiscono un patrimonio “a struttura aperta” con destinazione a uno specifico scopo di pubblica utilità. Un istituto atipico, dunque, la cui disciplina si desume, in via di interpretazione sistematica, per effetto del combinato disposto dell’art. 45 cost., che promuove lo sviluppo della cooperazione senza fini speculativi, e dell’art. 1332 c.c. che consente, nei contratti aperti, l’adesione di altre parti, disciplinandone le modalità ove non previste.

Guardando al futuro delle università, occorre sottolineare che tra le previsioni più interessanti dal recente TUSP, anche nella versione proposta dal correttivo, vi sono le disposizioni relative al futuro perimetro delle società partecipate e agli obblighi di razionalizzazione (artt. 4, 5, 20, 25 TUSP). Riguardo alle finalità perseguibili mediante la costituzione di società e acquisizione nonché gestione di partecipazioni pubbliche, il testo unico ripropone, rafforzandola, l’impostazione dell’art. 3, co. 27, della legge finanziaria 2008, che vieta alle amministrazioni pubbliche di costituire società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e di assumere o mantenere direttamente partecipazioni anche di minoranza in tali società. Rimane tutto da esplorare l’impatto che l’inveramento della Terza Missione come funzione istituzionale e, dunque, legittimante in termini di strumentalità la costituzione o partecipazione in soggetti terzi, realizzerà nella rideterminazione in concreto delle attività erogate dalle università e se una tale revisione provocherà una destrutturazione delle funzioni tradizionalmente assolute a scapito della didattica e della ricerca.

4. *Strumenti giuridici per l’affidamento di servizi strumentali. Declinazione del modello dell’in house providing: analisi critica della sua implementazione in ambito universitario*

Si è già evidenziato³² come la qualificazione di una società come “strumentale” si connette alla specifica attività svolta, rivolta agli stessi enti azionisti per svolgere un ruolo di supporto delle amministrazioni pubbliche, in relazione alle funzioni di cui sono titolari gli enti serviti. Occorre, tuttavia, precisare che nella considerazione che in talune circostanze i servizi strumentali si traducono in attività economiche potenzialmente contendibili sul mercato e, quindi, in contrasto con la finalità istituzionale della società strumentale – che resta quella dello svolgimento di attività amministrativa in forma privatistica – sono state poste alcune restrizioni rinvenibili nell’art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla

³² Cfr. *supra sub* § 2.

l. 4 agosto 2006, n. 248, che ha consentito la costituzione di tali società soltanto in caso di inerenza dell'oggetto sociale alle funzioni istituzionali dell'ente e con la previsione del vincolo di esclusività³³. Con riferimento alle *attività strumentali*, il percorso verso la riduzione è insito nella valutazione della "inerenza" delle partecipazioni detenute alle finalità istituzionali perseguite dagli enti proprietari; infatti, dalla ricognizione delle partecipazioni ritenute necessarie discende la decisione di dismettere quelle estranee alle finalità istituzionali, ai sensi del citato art. 3, co. 27, l. n. 244 del 2007³⁴ e dell'art. 20 TUPS³⁵. Non v'è dubbio che l'intervenuta istituzionalizzazione della Terza Missione quale funzione delle università, accanto alla didattica e alla ricerca, nelle ampie declinazioni che la connotano, determinerà una revisione del perimetro degli enti partecipati dalle università con un ampliamento della latitudine ermeneutica della inerenza e della strumentalità³⁶. Ne risulterà travolta anche la tradizionale limitazione per gli enti non lucrativi dell'*in house providing*. È noto che, a tutela del libero mercato e della parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, il modello dell'*in house providing* è rigorosamente circoscritto ai casi di: a) società a capitale interamente pubblico; b) esercizio di attività prevalente per l'ente pubblico; c) controllo analogo da parte del socio pubblico³⁷. Da ultimo il Consiglio di Stato traendo spunto da questioni

³³ La regolamentazione normativa posta dall'art. 1, co. 611, l. n. 190 del 2014, sostanzialmente trasfusa nel TUSP, ai fini del processo di razionalizzazione dettava, con riferimento ai servizi strumentali, i seguenti criteri: a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) 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 internalizzazione delle funzioni. Precisava, inoltre, che restano in vigore le disposizioni che impongono la liquidazione delle società *in house* diverse da quelle che gestiscono servizi pubblici locali in caso di perdite registrate per quattro dei cinque esercizi precedenti (art. 1, co. 555, l. n. 147 del 2013).

³⁴ Tale percorso, punteggiato dall'intervento di una normativa stringente ormai inattuale (art. 4, co. 1-3, l. n. 95 del 2012), è proseguito con la legge di stabilità 2014, che ha previsto la liquidazione delle società *in house* diverse da quelle che gestiscono servizi pubblici locali in caso di perdite registrate per quattro dei cinque esercizi precedenti (art. 1, co. 555, l. n. 147 del 2013).

³⁵ Su cui M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 441 ss.; A. MALTONI, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. app.*, 2017, 1, p. 7 ss.

³⁶ In maniera dirompente cfr. TAR Lazio, Roma, 23 gennaio 2017, n. 1234, in *lex24*, 18 aprile 2017, laddove si evidenzia un rapporto di funzionalità tra l'attività ricettiva secondaria extralberghiera svolta da un'associazione costituita da un ateneo e l'attività culturale svolta dal medesimo.

³⁷ Tali requisiti, di derivazione comunitaria, sono stati recepiti dalla legislazione nazionale. Sotto il primo aspetto, occorre tener conto dell'evoluzione delle regole comunitarie, a seguito dell'emanazione della direttiva n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, che estende il modello dell'*in house* alla partecipazione privata di minima entità. Con riguardo al secondo profilo, la

inerenti il consorzio universitario Cineca – organismo *in house* del MIUR e delle università italiane – con due pronunce, si è posto in modo differente rispetto al tema della diretta applicabilità della direttiva 2014/24/UE. Nello specifico, *prima facie*, con il parere 30 gennaio 2015, n. 298, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto direttamente applicabile nel campo dell'*in house*, la direttiva in materia di appalti ed hanno affermato che alla luce della stessa sia ammissibile la partecipazione dei privati al consorzio. Nella successiva sentenza del 26 maggio 2015, n. 2660, il Consiglio di Stato ha mutato orientamento sul tema, escludendo l'applicabilità della direttiva prima della scadenza per il suo recepimento (su cui cfr. d.lgs. n. 50 del 2016)³⁸. Il differente orientamento tra le Sezioni II e IV del Consiglio di Stato, a distanza di pochi mesi ed in riferimento allo stesso soggetto affidatario, non può che lasciare l'interprete perplesso. Tanto più in quanto inerisce a una materia già segnata da molti dubbi, sui quali proprio l'intervento del legislatore comunitario aveva provato a fare chiarezza e porre dei punti fermi. È evidente che la vicenda non poteva non avere delle ripercussioni rilevanti sul consorzio, visto il ruolo da questo ricoperto nel panorama universitario italiano. Sull'argomento è intervenuto in maniera tranciante il Tar Lazio³⁹, che ha sancito l'illegittimità del contributo di 18,7 milioni di euro versato dal MIUR in favore del consorzio interuniversitario Cineca, ritenuto aiuto di stato illegale ai sensi dell'articolo 107 TFUE, idoneo ad alterare le regole di mercato a tutto svantaggio degli altri operatori del medesimo settore. La decisione evidenzia, in particolare, come il consorzio interuniversitario Cineca abbia, nel corso degli anni, assunto una veste imprenditoriale e commerciale, producendo e vendendo servizi non solo agli enti consorziati, ma anche a terzi e, nello specifico, privati (tra cui società italiane ed internazionali di rilievo), fino ad arrivare ad assumere, nel mercato di riferimento, un ruolo dominante, favorito da due elementi idonei

condizione della “prevalenza” si realizza quando il soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico, senza fornire i suoi servizi a soggetti terzi (diversi dall'ente affidante), oppure qualora li fornisca in misura esigua o saltuaria. Per quanto concerne il “controllo analogo” è noto che si tratta di un controllo effettivo e strutturale da parte dell'ente pubblico; modello che è configurabile in mancanza di un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante e affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo. Trattasi dell'esercizio di poteri pubblicistici più intensi di quelli spettanti al socio in base al regime civilistico, al punto che tutte le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. Nelle società titolari di affidamenti *in house* è, quindi maggiormente pregnante l'obbligo dell'ente di vigilare sui risultati di bilancio, trattandosi di un obbligo di diligenza che discende dal dovere di equilibrio economico settoriale e complessivo.

³⁸ Cons. stato, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 6, p. 787 ss., con nota di L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*. Sul tema A. BARTOLINI, *Società in house providing. Prime pronunce giurisprudenziali sull'in house nella Dir. 2014/24/UE: il caso Cineca*, in *Giur. it.*, 8-9, 2015, p. 1976.

³⁹ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 febbraio 2017, n. 2922.

a produrre effetti distorsivi della concorrenza: la prassi degli affidamenti diretti e l'erogazione annuale di contributi da parte del MIUR⁴⁰. Per i giudici amministrativi la determinazione, unilaterale e non negoziale, del contributo da parte del MIUR non dimostra assolutamente in modo certo e inequivocabile il carattere non economico delle attività cui gli stessi si riferiscono. Peraltro, è lo stesso statuto del Cineca che riconosce espressamente la possibilità di porre in essere anche attività di impresa con riferimento ai suoi scopi istituzionali. In questo senso il tribunale amministrativo conclude ritenendo che il contributo concesso dal MIUR al Cineca con il d.m. impugnato e relativo al “supercalcolo” per la somma complessiva di euro 11.000.000 non è da ritenersi aiuto di stato ai sensi dell’art. 107, § 1, TFUE, in quanto il Cineca, oltre ad aver impiantato una contabilità separata nel senso richiesto dalla normativa comunitaria sulla trasparenza, ha utilizzato il finanziamento pubblico quasi esclusivamente per attività di natura non economica, con la relativa conseguenza in ordine alla sottrazione integrale del finanziamento di cui trattasi al supercalcolo dalla normativa in materia di aiuti. Diversamente il contributo concesso dal MIUR al Cineca con il d.m. impugnato e relativo al “funzionamento dei servizi informativi messi a disposizione del MIUR” per la somma complessiva di euro 18.700.000 è da considerarsi un aiuto di stato ai sensi dell’art. 107, § 1, TFUE ed in quanto tale illegale per la mancata notifica di cui all’art. 108, § 3, TFUE. Ciò in quanto le attività di supporto informatico al MIUR comprendono un ampio spettro di servizi che sono tipici del comparto dell’*Information and Communication Technology*⁴¹. Dette attività non possono fondatamente essere ricondotte alle “attività [non economiche] che normalmente ricadono sotto la responsabilità dello Stato” ed, inoltre, tali servizi potrebbero essere acquisiti da parte del MIUR direttamente sul mercato presso qualsiasi altro fornitore attivo nel predetto comparto dell’*i.c.t.*⁴².

Lo scenario determinatosi indicava come strade percorribili essenzialmente due: ridisegnare l’assetto delle partecipazioni del Cineca, escludendo quelle dei privati di cui il Consiglio di Stato aveva negato la legittimità e consentendo, quindi, di potere realizzare per le università pubbliche partecipanti il “controllo analogo” richiesto; in alternativa, mantenere tale configurazione e partecipare alle procedure di selezione indette da atenei pubblici alla stregua di qualsiasi altro operatore privato. In ogni caso dette opzioni vanno confrontate con l’impianto tracciato dagli artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50 del 2016, che, pur continuando

⁴⁰ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 febbraio 2017, n. 2922, in *osservatoriouniversita.unimib.it*, con nota redazionale *Consorzio interuniversitario Cineca: i contributi Miur sono “Aiuti di Stato illegali”*.

⁴¹ Progettazione di appositi portali tematici, la progettazione di banche dati, la gestione dei canali di comunicazione di dati e la loro raccolta, la informatizzazione dei processi e la loro dematerializzazione.

⁴² CODAU, *Documento redatto con il contributo dei componenti dell’Ufficio Studi e validato dal Comitato Scientifico del Codau*, in *codau.it*, 10 aprile 2017.

a richiedere l'esclusione della partecipazione dei privati nel contesto dell'ente controllato ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico da parte di una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, senza l'applicazione delle disposizioni previste dal codice dei contratti pubblici, introduce come eccezione quelle forme di partecipazione di capitali privati che non esercitano un'influenza determinante (art. 5, co. 2)⁴³.

5. *Recenti approcci normativi: dall'adozione dei piani operativi di razionalizzazione delle partecipate pubbliche al TUSP. Esiti delle politiche di contenimento della spesa pubblica nel contesto degli enti partecipati dalle università*

Le novità legislative di maggior rilievo desumibili dal TUSP⁴⁴ che si collegano con le disposizioni della legge di stabilità 2014, già volte ad una maggiore responsabilizzazione degli enti nella gestione delle esternalizzazioni, sono legate alla previsione, nella legge di stabilità 2015, dei piani operativi di razionalizzazione e con l'inciso del co. 612 dell'unico articolo della citata legge, secondo cui «entro il 31 marzo 2016, gli organi di vertice delle amministrazioni [...] predispongono una relazione sui risultati conseguiti»⁴⁵. La previsione dei piani di razionalizzazione, ad opera della l. n. 190 del 2014, si salda con le ulteriori innovazioni normative caratterizzate dall'intento di pervenire ad una più penetrante responsabilizzazione degli enti soci, anche mediante la rimodulazione dei vincoli

⁴³ G. VELTRI, *L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, p. 488 ss.; L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, cit., p. 787 ss.; G. VELTRI, *In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE*, in *Urb. app.*, 2015, 6, p. 655 ss.

⁴⁴ H. BONURA e G. FONDERICO, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, p. 722 ss.; A. GIUSTI, *I requisiti dell'in house fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, in *Giur. it.*, 2017, 2, p. 439 ss.; G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 601 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le società a partecipazione pubblica. Tipologie, efficienza e questioni interpretative*, cit.

⁴⁵ Con l'art. 23, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, è stato avviato un programma di razionalizzazione degli organismi partecipati. Nell'art. 1, co. 611-612, l. 23 dicembre 2014, n. 190, sono state trasfuse in legge alcune indicazioni emerse nel rapporto pubblicato il 7 agosto 2014 avuto riguardo, nello specifico, agli enti di natura societaria. È stato previsto, in particolare, l'obbligo di presentazione dei piani operativi di razionalizzazione da parte ciascun ente proprietario, con l'obiettivo della riduzione delle società partecipate – direttamente o indirettamente – anche mediante le aggregazioni nei servizi pubblici locali e la dismissione delle partecipazioni non indispensabili. I predetti piani, corredati da una relazione tecnica, dovevano indicare modalità e tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. I piani riguardano tutte le società detenute dagli enti territoriali, senza che rilevi la natura del servizio affidato. Essi dovevano essere predisposti dai Presidenti di Regioni e Province e dai Sindaci entro il 31 marzo 2015 e la loro efficacia avrebbe dovuto essere oggetto di valutazione da parte delle Sezioni regionali di controllo entro il 31 marzo 2016 (art. 1, co. 612, l. n. 190 del 2014).

diretti nei confronti degli organismi partecipati. La riduzione delle partecipazioni societarie resta un obiettivo prioritario nel processo di razionalizzazione degli organismi partecipati avviato con la legge di stabilità 2015, ma la dismissione di tali società non costituisce più un obbligo *tout court* per l'ente proprietario, bensì un obiettivo da perseguire, previa valutazione delle singole fattispecie, e da incentivare con opportune misure.

5.1. Segue. *Il processo di razionalizzazione e le università*

Fermo il disposto di cui al richiamato art. 15, co. 1, lett. d), d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, il punto di partenza da cui avviare il processo di razionalizzazione è il perseguimento dello scopo istituzionale per il quale ogni ateneo ha ritenuto di assumere partecipazioni. La normativa, infatti, così operando, ha introdotto un meccanismo di diritto di recesso *ex lege* per consentire l'uscita dalle entità partecipate per le quali non ricorrono più le condizioni di strumentalità, ovvero viene meno lo scopo istituzionale. Preliminare è la verifica della rispondenza delle attività delle partecipate alle finalità istituzionali dell'università, in particolare, al miglioramento dei servizi didattici, alla valorizzazione dell'attività di ricerca e al beneficio dello sviluppo socio-economico del territorio.

È importante sottolineare che in gran parte dei piani di razionalizzazione adottati dalle università non sono state contemplate le partecipazioni in società *spin-off*, né quelle nei gruppi di azione locale. La ragione di siffatta impostazione era conseguente alle finalità di tali partecipate, ovvero la promozione dello scopo istituzionale degli atenei di favorire il trasferimento tecnologico e lo sviluppo locale. Nondimeno, se dal piano di riorganizzazione fossero emerse situazioni di rischio finanziario anche per tali tipologie di entità partecipate, si sarebbero dovute adottare le soluzioni previste dalla normativa d'ambito. Peraltro, in ambito CRUI il problema delle partecipazioni in imprese *spin-off* della ricerca era stato oggetto di specifica discussione, rimasta, tuttavia, priva di conclusione in quanto connessa agli esiti di un apposito orientamento ministeriale. In ogni caso la questione è stata dipanata dal richiamato art. 15, co. 1, lett. d), d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100.

L'impulso legislativo iniziale che ha favorito le attività di trasferimento tecnologico nelle università è riconducibile al d. lgs. 27 luglio 1999, n. 297, successivamente abrogato dal d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 2012, n. 134. Lo scopo del citato decreto era di rafforzare la competitività tecnologica dei settori produttivi ed accrescere la quota di produzione e di occupazione di alta qualificazione, nel quadro del programma nazionale per la ricerca (PNR) e dei program-

mi dell'Unione europea, nonché di disciplinare gli interventi di sostegno alla ricerca industriale, alla connessa formazione e alla diffusione delle tecnologie derivanti dalle medesime attività. Venivano inoltre previste specifiche misure finanziarie a favore di società di recente costituzione ovvero da costituire, finalizzate all'utilizzazione industriale dei risultati della ricerca, con la partecipazione azionaria o il concorso di professori e ricercatori universitari, università, enti di ricerca, società di assicurazione e banche. Disposizioni normative così specifiche hanno portato gli atenei, nel corso degli anni, a dotarsi di uffici dedicati con il compito di occuparsi delle attività di trasferimento tecnologico, procedendo, nel contempo, alla regolamentazione della partecipazione universitaria al capitale delle società *spin-off*, disciplinandone le condizioni di partecipazione, anche in ragione dell'autonomia universitaria riconosciuta sin dalla l. n. 168 del 1989. Appare rilevante segnalare che il decreto MIUR, 5 agosto 2004, n. 262, in sede di ripartizione delle risorse finanziarie previste per la programmazione del sistema universitario relativa al triennio 2004-2006, aveva istituito specifici finanziamenti a favore di progetti di incentivazione delle azioni per la valorizzazione e la diffusione dei risultati della ricerca ed il loro utilizzo nei processi produttivi caratterizzati da un alto indice di innovazione. I suddetti finanziamenti erano destinati a università statali per la costituzione o il sostegno di *industrial liaison office* aventi i seguenti compiti: avviare sistematici rapporti con il tessuto economico e produttivo locale ed in particolare con le pmi, per la diffusione dei programmi e dei risultati di ricerca delle università; promuovere idonee forme di cooperazione con il tessuto imprenditoriale al fine della risoluzione delle problematiche correlate anche al trasferimento tecnologico ed al sostegno degli *spin-off*. La legge Gelmini all'art. 6 disciplina il regime del personale universitario che intende partecipare ad una iniziativa di *spin-off* o *start up* universitario e il decreto MIUR, 10 agosto 2011, n. 168, pone in evidenza, all'art. 3, la possibilità di partecipazione al capitale sociale delle società *spin-off* per gli atenei.

Il contesto normativo pertanto, se da una parte sembra acconsentire, e per certi aspetti sostenere, l'assunzione di partecipazioni in società *spin-off* da parte delle università, dall'altra, sembra porre questa tipologia di partecipazioni sullo stesso piano delle partecipate pubbliche di altra natura, rendendo di fatto difficoltosa per l'ateneo l'interpretazione sistematica ed unitaria delle disposizioni normative in esame e la corretta programmazione annuale e triennale delle attività di trasferimento tecnologico. Trattandosi di società generate nell'ambito della valorizzazione della ricerca, le società di *spin-off* delle università si basano sui risultati della stessa e in particolare di quella avente natura applicativa e ad elevato contenuto tec-

nologico. Oltre all'ateneo cui è riservata una quota minoritaria del capitale sociale, annoverano fra i soci anche il personale universitario nonché eventuali soggetti terzi (ad es. imprese industriali e/o commerciali). Non configurano una fattispecie di società *in house* dell'università, in quanto non erogano servizi e non commercializzano prodotti destinati all'ateneo e non sono costituite al fine di esternalizzare compiti e servizi a quest'ultimo spettanti per legge o per statuto. In particolare erogano servizi e commercializzano prodotti che si inseriscono in nicchie di mercato a volte poco rappresentate, in settori ove la competenza tecnologica avanzata è essenziale per la riuscita del progetto di impresa e per la messa a punto di prodotti idonei alle richieste del mercato. Altro aspetto qualificante degli *spin-off* è l'impatto occupazionale prodotto, nonché il loro essere fattore di successo nell'applicazione della ricerca al mondo produttivo. Infatti tali iniziative generano cultura di imprenditorialità nei giovani che hanno raggiunto nel contesto universitario un profilo scientifico di alto livello e non impattano, per le considerazioni già esposte, sulla concorrenza del mercato se non nella direzione di favorire la crescita produttiva e incentivare l'inserimento di nuovi *players* in nicchie tecnologiche avanzate, spesso occupate da un numero ristretto di imprese. Alla luce di quanto esposto, appare chiaro il carattere distintivo delle società *spin-off* partecipate dall'università rispetto alle partecipate delle altre pp.aa., giustificandosi in tale prospettiva un loro trattamento differenziato nell'ambito dei processi di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute dalle pp.aa., la definizione delle modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire.

6. *Criticità gestionali delle partecipate pubbliche e strategie di rilancio dei servizi erogati dalle università nell'ambito della Terza Missione*

Nelle attuali condizioni sociali e di mercato le università per vedersi garantito il proprio futuro, in conseguenza della funzione pubblica assegnata dalla *Grundnorm*, devono vestire panni nuovi e la prospettiva indicata dalla Terza Missione, rappresenta sicuramente il possibile scenario di riferimento per una rinnovata funzione⁴⁶. Ma il processo è delicato. Le possibilità offerte dalla legislazione al momento vigente debbono essere utilizzate ma anche governate con misura; e forse si dovrebbero anche assumere iniziative adeguate per delineare un assetto normativo idoneo a chiudere una fase di interregno, per incamminarsi verso

⁴⁶ Per un quadro di sintesi cfr. C. BOLOGNA e G. ENDRICI (a cura di), *Governare le università. Il centro del sistema*, Bologna, 2011, *passim*.

prospettive strutturate che sappiano coniugare le potenzialità delle università ed il contesto produttivo e di mercato, senza per questo ledere le regole della concorrenza, ma soprattutto senza snaturare la funzione originaria delle università trasformandole in aziende di servizi.

Siffatto indirizzo si rivela vieppiù determinante laddove si consideri che le dinamiche dell'economia postindustriale hanno spinto il legislatore domestico ad introdurre, per l'esercizio dell'impresa, nuovi modelli organizzativi flessibili ed aperti, con l'obiettivo di favorire la nascita e l'incremento delle attività economiche, per assicurare crescita e benessere collettivo⁴⁷. Vengono così assecondati il radicamento e lo sviluppo dei caratteri tipici dell'impresa che si muove in un mercato dinamico e globalizzato, ossia la capacità innovativa e la competitività⁴⁸. In questo contesto non va sottaciuto che anche gli enti partecipati dalle università soffrono di talune criticità, tra cui un certo indebitamento, la presenza di perdite, carenze nell'esercizio delle verifiche spettanti al socio, la mancata conciliazione dei rapporti debiti/crediti, l'espansione delle spese per il personale impiegato, l'aumento delle spese per studi ed incarichi di consulenza, l'incremento dei compensi percepiti dagli amministratori. Da tale punto di vista è indispensabile l'impiego di politiche normative che nel cogliere i benefici che il sistema Paese conseguirà per effetto della implementazione delle attività di Terza Missione, con riguardo alle attività di produzione di servizi mediante organismi partecipati dalle università, siano in grado di favorirne lo sviluppo e nel contempo orientarne la gestione verso modelli virtuosi notoriamente incarnati dalla cd. tripla elica conosciuta da Henry Etzkowitz, capaci di rispondere ad una società sempre più liquida, in cui emerge il ruolo imprenditoriale e proattivo delle università. In questo senso la Terza Missione può rappresentare, non senza imbattersi in un cammino critico, il ponte tra università e industria ed affermare la reciproca responsabilità di mondo formativo e mondo produttivo nell'evoluzione e integrazione dei saperi.

7. *Dal modello umboldtiano alla entrepreneurial university*

L'attuale configurazione dell'università evidenzia il superamento di un modello basato sull'esclusiva erogazione di formazione e ricerca verso un soggetto erogatore di servizi sociali ed economici sempre più connotato da una logica imprenditoriale⁴⁹. Nel corso del presente lavoro la Terza Missione è stata declinata in un duplice approccio: "*Knowledge Transfer*" (KT), come trasferimento tecnologico, inteso quale trasformazione della conoscenza prodotta dalla ricerca

⁴⁷ M. MAZZUCATO, *Lo stato innovatore*, Bari-Roma, 2014, p. 37 ss.

⁴⁸ A. CAPRARA, *Innovazione e impresa innovativa*, in *Contr. impr.*, 2015, 4-5, p. 1154 ss.

⁴⁹ Sul tema V. MODERANA, *L'università tra competizione globale e sviluppo della persona*, OECD e policy-making dell'istruzione superiore, Milano, 2017, *passim*.

in conoscenza direttamente utilizzabile per fini produttivi; “*Social Engagement*” (SE), come produzione di beni pubblici che aumentano il benessere della società (ovvero, beni di natura socio-culturale fruibili dalla società). In entrambe le direzioni si prospetta il problema della natura e dello sviluppo della Terza Missione ed è inquietante la preoccupazione che il valore sociale che si presume insito in tale funzione nasconda il disegno legislativo di introdurre un’attività di diretto *fundraising* in correlazione compensativa con la diminuzione del fondo di finanziamento ordinario. L’insidia è la snaturazione della originaria funzione dell’università pubblica: il suo essere formazione sociale intermedia è, in uno, garanzia di pluralismo e di tutela della persona che ivi svolge la propria individualità ma anche funzione di presidio della libertà che la Costituzione vuole assicurare alla scienza e al suo insegnamento⁵⁰.

Si parte da un dato certo e certamente voluto dall’ordinamento: svincolare l’università da una dimensione autoreferenziale, elitaria quanto velleitaria, di esclusiva depositaria del sapere e di sterile censore della vita sociale, per aprire l’istituzione universitaria, le sue attività e i risultati realizzati, al confronto con i bisogni e le esigenze che si agitano nella società, così contribuendo in collaborazione o in concorrenza con altri operatori a interpretare e indirizzare le dinamiche sociali.

Però, acquisito tale risultato benefico, inevitabilmente l’università è posta innanzi ad un terribile bivio che alimenta un inquietante interrogativo: la Terza Missione addita una *ulteriore funzione sociale* delle università, che apre nuovi settori di intervento e persegue nuovi valori da attuare nella società, ovvero integra una *nuova funzione economica* delle università, che propone obiettivi economici di autofinanziamento attraverso un intervento di partecipazione secondo strategie di mercato? Peraltro il quadro di articolazione dell’interrogativo non è univoco né monolitico, perché inevitabilmente aperto alla natura dell’università, pubblica o privata. Senz’altro maggiore autonomia arride all’università privata⁵¹, che può azionare entrambe le alternative e realizzare la funzione pubblica di formazione e di elevazione sociale unitamente al conseguimento di scopi di lucro, direttamente o avvalendosi di strutture societarie esterne. Non così si ritiene che possa avvenire per le università statali che istituzionalmente non svolgono un fine di lucro. Emerge, dunque, l’idea che, per le università statali, la Terza Missione resti caratterizzata dalla realizzazione di una più complessa funzione sociale, rispetto

⁵⁰ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 65 ss. G. B. FERRI, *Persona umana e formazioni sociali*, in *Iustitia*, 1977, p. 81 ss.; P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 301; G. ALPA, *Il riconoscimento delle associazioni*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, II, p. 33 ss.; ID., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, p. 334 ss.

⁵¹ Su cui M. CALABRÒ, *Università non statali e procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.*, 2005, 5, p. 1769.

alla quale la dimensione della economicità può assumere unicamente un carattere di strumentalità.

Nell'università statale la realizzazione dei valori di carattere costituzionale deve restare la stella polare di ogni intervento universitario anche di Terza Missione. L'apertura alle relazioni sociali, alle incentivazioni economiche e alla gestione del territorio deve svolgersi in una guisa di costante elevazione sociale (es. ricerche sanitarie nell'attuazione del diritto alla salute, innovazioni nell'utilizzo di materiali e nuove fonti di energia meno inquinanti, pianificazione del territorio con recupero di periferie degradate, valorizzazione di tecniche di salvaguardia dell'ambiente, recupero di beni culturali, investimenti nella diffusione e realizzazione dei diritti umani e dei modelli di *welfare* sostenibile, ecc.).

C'è peraltro un campo nel quale la Terza Missione universitaria potrebbe svolgere un ruolo importante. Dopo le intuizioni di Schumpeter di valorizzare l'innovazione come strumento di crescita dell'impresa e del sistema economico, ormai da tempo è avvertita l'esigenza di stimolare l'educazione e la conoscenza come strumenti di prosperità individuale e collettiva. Con "la teoria del capitale umano", il premio Nobel Theodore Schultz, raccogliendo stimoli provenienti dalla economia liberale classica, costruiva l'educazione come un *investimento* nell'uomo, e le sue conseguenze come una forma di capitale (umano), diverso dal capitale fisico, in grado di conseguire maggiore produttività. L'università che, per funzione istituzionale è orientata alla formazione, si pone come interlocutore essenziale di ogni iniziativa economica rivolta alla educazione, non solo produttiva ma anche culturale e umana, in una direzione di sviluppo del benessere economico e sociale, come migliore contributo alla vita democratica.

Del resto tutti gli enti pubblici concorrono allo sviluppo del paese con le specificità e le funzioni istituzionali che li caratterizzano; le università statali, come quelle private, bene potranno mettere le proprie conoscenze e ricerche a servizio della società, realizzare intese con altri enti, assumere partecipazioni in determinate società e partecipare a consorzi o addirittura svolgere attività imprenditoriali, ma a differenza delle private non quali neutrali operatori economici di ricerca e di formazione, ma sempre in via *strumentale* al perseguimento dei fini istituzionali pubblici, e perciò finalizzando i risultati della propria ricerca alla elevazione sociale, anzitutto con l'inclusione degli studenti nel mondo lavorativo, e poi perseguendo le evenienze e gli obiettivi di carattere generale che la società storicamente propone.

Abstract

The participation of Universities and private law legal Entities
in the perspective of the Third Mission

by Raffaele Picaro

Considered on the whole as the complex of activities through which Universities and Research Authorities directly relate to society, the Third Mission presents the question of the limits of private right legal instruments. This theme is scanned by current law trends, recently merged into the T.U.S.P., destined to the rationalization of the constellation of public participation Bodies. Against the background we may easily outline the fear that the establishment of the activities of the Third Mission may compromise the original function of public University which, as an intermediate social entity, represents altogether a guarantee of pluralism and of tutelage of the person, with the correlative individualism implementation, but also the protection of the freedom that our Constitution is to ensure to science and education.

Atto amministrativo illegittimo e responsabilità dello Stato*

di Carlos Botassi

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. La dichiarazione giudiziaria dell'illegittimità dell'atto amministrativo e il termine per agire contro lo Stato. – 3. La posizione del legislatore provinciale e nazionale e l'indirizzo della Corte Suprema di Giustizia della Nazione. – 3.1. Il Codice Processuale Amministrativo della provincia di Buenos Aires in vigore dal 2003. – 3.2. La legge nazionale sulla responsabilità dello Stato del 2014. – 3.3. Il criterio della Corte Suprema di Giustizia della Nazione. – 4. L'esperimento della via amministrativa prima di promuovere giudizio. – 5. Il diverso trattamento per la pubblica amministrazione. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Mediante l'adozione di atti amministrativi legittimi lo Stato può provocare danni, per esempio quando lascia senza effetto una precedente decisione, per ragioni di opportunità, nell'interesse generale. In questi casi parliamo di responsabilità dello Stato per la sua condotta lecita o legittima, fattispecie che sarà trattata da Pablo Perrino.

Ma, naturalmente, lo Stato provoca anche danni per la sua condotta contraria a diritto. In questi casi parliamo di responsabilità per atti illegittimi.

Ma quando un atto amministrativo è illegittimo?

Nel diritto argentino un atto amministrativo è considerato illegittimo quando mancano uno o più dei suoi elementi essenziali o quando l'elemento è presente ma presenta qualche vizio.

Questi elementi o requisiti essenziali, secondo la legislazione argentina, tanto federale quanto provinciale, sono: l'oggetto, la competenza, la causa, la motivazione, la finalità, il previo procedimento e la forma.

Sebbene la descrizione degli elementi dell'atto amministrativo riceva leggere varianti a seconda della normativa locale che si esamini, nell'ambito nazionale il Decreto Legge 19.549/72 enumera i seguenti:

- Competenza: “Essere adottato da autorità competente” (art. 7 comma a).
- Causa: “Dovrà fondarsi sui fatti e presupposti che ne rappresentano la causa e sul diritto applicabile” (art. 7 comma b).
- Oggetto: “L'oggetto deve essere certo, concreto e giuridicamente possi-

* Il contributo riproduce, in lingua italiana, il testo della relazione tenuta in occasione delle Giornate Italo-Argentine di Diritto amministrativo dell'Associazione Italo-Argentina dei Professori di Diritto Amministrativo (Asociación Italo-Argentina de Profesores de Derecho Administrativo – Jornadas Italo-Argentinas de Derecho Administrativo), VIII Edizione, svoltesi a Reggio Calabria il 28 e il 29 ottobre 2016.

bile; deve decidere tutte le istanze formulate, ma ne può coinvolgere altre non proposte previa udienza dell'interessato e sempre che ciò non arrechi danni a diritti quesiti" (art. 7 comma c).

– Procedimento: "Prima della sua emissione devono svolgersi i procedimenti essenziali e sostanziali previsti e quelli che risultino impliciti dall'ordinamento giuridico. Salvo quanto stabilito da altre norme speciali, si considera essenziale anche il parere reso da organi consultivi permanenti quando l'atto possa pregiudicare diritti soggettivi e interessi legittimi" (art. 7 comma d).

– Motivazione: "Dovrà essere motivato, esprimendo in maniera concreta le ragioni che inducono a emettere l'atto e illustrando le evidenze indicate nel comma b) del presente articolo" (art. 7 comma e).

– Finalità: "Dovrà soddisfare la finalità individuata dalle norme che attribuiscono il potere all'organo che ha emanato l'atto, senza poter perseguire dissimulatamente altri fini, pubblici o privati, diversi da quelli che giustificano l'atto, la sua causa e il suo oggetto. Le misure che l'atto individua devono essere proporzionalmente adeguate a quella finalità" (art. 7 comma f).

– Forma e sottoscrizione: "L'atto amministrativo sarà adottato espressamente per iscritto; indicherà il luogo e la data in cui lo si emana e conterrà la firma dell'autorità che lo emette; soltanto per eccezione e se le circostanze lo permettano, potrà utilizzarsi una forma diversa" (art. 8).

La conseguenza della presenza di vizi negli elementi dell'atto è la privazione totale o parziale degli effetti giuridici.

Il tipo di conseguenza non dipende dall'elemento dell'atto di cui è accertato il vizio ma dalla gravità del difetto.

In questo senso l'atto amministrativo sarà considerato nullo o annullabile.

L'articolo 14 del Dec. Legge 19.549/72 recita:

"Nullità. L'atto amministrativo è affetto da nullità assoluta e insanabile nei seguenti casi: a) Quando la volontà dell'Amministrazione risulti viziata da errore essenziale; dolo, quando si rappresentino come esistenti fatti o presupposti inesistenti o falsi; violenza fisica o morale esercitata sull'agente; o per simulazione assoluta. b) Quando sia emesso da un organo incompetente in ragione della materia, del territorio, del tempo o del grado, eccetto, in quest'ultimo caso, che la delega o sostituzione siano permesse; mancanza di causa per inesistenza o falsità dei fatti o del diritto invocato; o per violazione della legge applicabile, delle forme essenziali o della finalità che ne ha fondato l'adozione".

D'altra parte l'art. 15 dispone:

"Annullabilità. Se si è incorso in qualche irregolarità, omissione o vizio che non determini l'inesistenza di alcuni dei suoi elementi essenziali, l'atto sarà annullabile in sede giudiziaria".

Ripeto dunque: la gravità del vizio si riflette sulle conseguenze che provoca in termini di validità dell'atto.

Se l'oggetto dell'atto (cioè, quello che l'atto decide) viola qualche norma risulta affetto da nullità assoluta e insanabile.

Al contrario, certi vizi di competenza e di forma possono essere corretti. In questo caso l'atto amministrativo sarà annullabile e potrà essere sanato.

In tutti i casi i danni causati ai privati devono essere risarciti dallo Stato. E così ci approssimiamo al tema da trattare: la responsabilità dello Stato per i suoi atti amministrativi contrari a diritto o illegittimi.

2. *La dichiarazione giudiziaria dell'illegittimità dell'atto amministrativo e il termine per agire contro lo Stato*

Un problema serio che si presenta nel diritto argentino è l'esistenza di termini di decadenza molto brevi per l'esercizio dell'azione giudiziaria di dichiarazione di illegittimità degli atti amministrativi, mentre allo stesso tempo si richiede una sentenza giudiziaria che l'annuli per poter richiedere l'indennizzo dei danni che l'atto ha provocato.

Se la causa del danno proviene dall'inadempimento di un contratto o da un fatto dello Stato, la vittima deve proporre la domanda entro il termine di prescrizione che in genere è di 5 anni.

Invece, se si reclama il pagamento dei danni provocati da un atto amministrativo illegittimo si applica un termine di decadenza molto breve di trenta o novanta giorni.

Questa situazione, che è un'offesa allo Stato di diritto e un invito all'abuso di potere, nacque nel 1986 con il caso *Petracca*¹, quando la maggioranza dei giudici che integravano l'allora Camera Nazionale d'Appello nel Contenzioso Amministrativo decise che non si potesse richiedere risarcimento allo Stato se prima o allo stesso tempo non si fosse censurata la legittimità dell'atto produttivo del danno. Due giudici in minoranza, invece, considerarono che una cosa è l'azione di nullità dell'atto viziato e un'altra la richiesta di riparazione dei danni. Trattandosi di due azioni diverse, quella di annullamento è soggetta a termini di decadenza brevi (90 giorni) ma la pretesa risarcitoria si estingue solo per la prescrizione dell'azione (5 anni).

Tuttavia, come detto prima, la maggioranza della Camera Federale considerò giusto che se una persona è stata vittima di un atto amministrativo illegitti-

¹ CNApel. Cont. Ad, en pleno, *Petracca e hijos S.A. y otros c/ Gobierno Nacional – Ente Autárquico Mundial* 78, 24.4.1986, La Ley 1986-D-10, dove si è deciso che non era possibile reeditare la questione della validità di un atto acconsentito giacché “non è ammissibile l'azione di riscossione di pesos o indennizzo dei danni senza impugnare, entro i termini dell'articolo 25 della legge 19549, la legittimità dell'atto amministrativo che ha rigettato la stessa pretesa o il cui contenuto, esclude il pagamento di ciò che si è reclamato”.

mo e vuole richiedere il risarcimento dei danni, debba farlo entro novanta giorni dalla notifica dell'atto stesso. Superato questo termine il diritto si estingue.

3. *La posizione del legislatore provinciale e nazionale e l'indirizzo della Corte Suprema di Giustizia della Nazione*

3.1. *Il Codice Processuale Amministrativo della provincia di Buenos Aires in vigore dal 2003*

L'indirizzo giurisprudenziale del 1986 (caso *Petracca*) fu recepito nel Codice Processuale Amministrativo della Provincia di Buenos Aires (in vigore dal 2003), il cui articolo 20 dispone:

“Pretesa risarcitoria e illegittimità degli atti amministrativi.

1) Insieme alla pretesa di annullamento può reclamarsi il risarcimento dei danni, applicandosi i termini di decadenza dell'articolo 18 del presente codice [90 giorni feriali amministrativi decorrenti dalla notificazione dell'atto].

2) L'interessato potrà dedurre la pretesa al risarcimento dei danni, come reclamo autonomo, dopo aver finito il processo di annullamento che gli giova da fondamento”.

3.2. *La legge nazionale sulla responsabilità dello Stato del 2014*

La subordinazione dell'azione risarcitoria al giudizio di annullamento dell'atto produttivo del danno appare anche nell'articolo 8 della legge nazionale sulla responsabilità dello Stato n. 26944 del 2014 (in vigore dal 2015):

“L'interessato può proporre l'azione risarcitoria contestualmente all'azione di nullità degli atti amministrativi di portata individuale o generale o a quella di incostituzionalità, o al termine del processo di annullamento o di incostituzionalità che ne costituisce il fondamento”.

3.3. *Il criterio della Corte Suprema di Giustizia della Nazione*

La posizione legale che condiziona la possibilità di responsabilizzare lo Stato per i danni causati al previo o contestuale annullamento dell'atto amministrativo che li ha provocati, è stata accettata dalla Corte Nazionale nel caso *Alcántara Díaz Colodrero*, dove l'Alto Tribunale decise che “gli atti amministrativi non contestati giudiziariamente nei termini di scadenza che stabilisce l'art. 25 della legge 19549, diventano definitivi e inoppugnabili a richiesta dell'interessato a seguito della compiuta decadenza [e,] in tale caso, non è ammissibile l'azione per il pagamento di *pesos* o la domanda di risarcimento dei danni fondata sull'illegittimità dell'azione amministrativa”; aggiungendo che quel criterio non era

che “una conseguenza logica della natura accessoria – nell’ambito del diritto amministrativo – di pretese come quelle indicate prima rispetto dell’azione di nullità, in virtù della presunzione di legittimità propria degli atti amministrativi (art. 12, legge 19.549)”².

4. *L’esperienza della via amministrativa prima di promuovere giudizio*

Come abbiamo visto fino a questo punto, la dichiarazione giudiziaria di nullità dell’atto produttivo del danno gioca come antecedente logico-giuridico dell’azione risarcitoria. E per promuovere la domanda annullatoria devono rispettarsi termini di decadenza molto brevi.

Ma non finiscono qui i problemi.

Nel diritto argentino per poter impugnare giudiziariamente un atto statale è necessario esperire la via amministrativa. Ciò significa proporre tutti i ricorsi amministrativi previsti nell’ordinamento fino ad arrivare alla decisione dell’organo con competenza decisoria finale (per esempio, sindaco o ministro).

Dunque sarà necessario impugnare la validità di quello che si è deciso in sede amministrativa, in modo che in effetti non potrà domandarsi la riparazione se prima non si percorre la lunga strada del procedimento amministrativo impugnatorio dell’atto; per poi, ottenuta la decisione dell’organo con competenza decisoria finale, promuovere l’azione di annullamento entro i tempi di decadenza che stabilisce la normativa vigente nella Nazione e nelle province.

Il termine per proporre ricorsi amministrativi è ancora più breve di quelli dell’azione giudiziaria: 15 giorni.

In modo che il cittadino deve essere attento e se gli si notifica un atto che considera illegittimo, dovrà proporre i successivi ricorsi amministrativi (revocatorio, gerarchico, ecc.) entro i 15 giorni dalla sua notificazione. Respinto il ricorso dalla massima autorità (cioè: esaurita la via amministrativa) potrà affrontare la domanda giudiziale, ma dovrà farlo entro i 30 o 90 giorni.

Penso che si tratti di una grave limitazione dei diritti individuali di fronte all’esercizio abusivo del potere, giacché il controllo giudiziario di un atto ammi-

² CSJN, *Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina*, La Ley 1997-A-71. In tempi più recenti, il Codice Processuale Amministrativo della Provincia di Buenos, approvato dalla Legge 12.008 e in vigore dalla fine di 2003, pare aver ispirato i redattori dell’art. 8 della LRE all’aderire al criterio di accessorialità: “*Pretensione risarcitoria e illegittimità degli atti amministrativi. 1. Insieme alla pretensione di annullamento può reclamarsi il risarcimento dei danni, applicandosi il termine di scadenza dell’articolo 18 del presente codice. 2. L’interessato potrà dedurre la pretensione di risarcimento dei danni, come reclamo autonomo, dopo aver finalizzato il processo di annullamento che gli giova da fondamento e dentro i termini di scadenza della stessa*”.

nistrativo illegittimo che provoca danni rimarrà in primo luogo posposto dalla nefasta pratica di “esaurimento della via amministrativa” e quando sarà superato quest’ostacolo il diritto del privato resterà soggetto ai brevissimi termini di decadenza (30 o 90 giorni decorrenti dalla notificazione dell’atto).

5. *Il diverso trattamento per la pubblica amministrazione*

Com’era da aspettarsi in uno Stato autoritario come il nostro, le limitazioni temporali nel procedimento e nel processo amministrativo che riguardano il diritto del cittadino che abbia subito un atto illegittimo, non esistono per l’amministrazione.

Così ad esempio, se lo Stato Nazionale vuole annullare il suo proprio atto, costitutivo di diritti per un privato, che possiede vizi nascosti (se i difetti nei suoi elementi essenziali sono evidenti, l’organo che ha emanato l’atto lo revoca d’ufficio) deve promuovere la cosiddetta “azione di lesività”.

Al riguardo l’articolo 27 del Dec. Legge 19549/72 dispone:

“Non ci saranno decadenze per agire nei casi in cui lo Stato o i suoi enti autarchici siano attori, fatto salvo quanto previsto in materia di prescrizione”. Simile situazione di privilegio inaccettabile per lo Stato Nazionale ricorre anche per le Province.

6. *Conclusioni*

Mentre lo Stato conta sui termini di prescrizione di 5 anni per sollecitare a un giudice l’annullamento delle sue proprie decisioni (nei casi in cui non possa revocarli da sé, trattandosi di vizi nascosti), il cittadino colpito da un atto illegittimo, se desidera ottenere un indennizzo, deve rispettare i termini di decadenza fissati per il procedimento (15 giorni) e per il processo (90 giorni).

Gli autori che si sono occupati dell’argomento – tra altri i professori D’Argenio e Perrino che ci accompagnano in queste Giornate – hanno criticato questa situazione che, non c’è dubbio, viola la garanzia di tutela giurisdizionale effettiva contro lo Stato, garantita dalla Costituzione Nazionale, dalle Costituzioni provinciali e dai trattati internazionali firmati dalla Repubblica Argentina.

Sembra un tema minore ma in realtà è un grave problema, dato che già quando la persona offesa consulta un avvocato si accorge che il suo diritto si è ormai estinto. E la questione non riguarda solo i privati, ma anche le aziende appaltatrici dello Stato in quei casi in cui l’amministrazione adotta un atto che rescinde illegittimamente un contratto, giacché anche queste dovranno impugnarlo nei brevi tempi sopra analizzati, per mantenere in vita l’azione risarcitoria.

L'incertezza giuridica che questa situazione provoca contribuisce a scoraggiare gli investimenti nazionali e stranieri, tranne che le imprese fatturino con costi artificialmente elevati per compensare il rischio della disdetta abusiva oppure che scongiurino tale eventualità mediante patti di protezione con funzionari corrotti. Entrambe le cose succedono con frequenza in Argentina.

Per concludere: ancora una volta è dimostrato che la lotta per lo Stato di diritto è permanente. Non è finita; e nonostante si sia andato molto in avanti, resta ancora molto da fare.

Abstract

Unlawful Administrative Acts and State's Liability

by Carlos Botassi

This paper describes the means by which Argentina's law provides compensations for damages caused by unlawful administrative decisions. It focuses on the need for recourse to administrative and judicial actions aimed to the annulment of the act as a condition to claim damages caused by its adoption.

Due to its short limitation period, validity claim ends up depriving compensation remedies of any practical utility, and exposes the principles of the rule of law to a serious threat.

Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle *authorities*

di Marco Angelone

SOMMARIO: 1. L'incidenza negoziale del diritto privato «regolatorio» prodotto dalle autorità indipendenti sulla fase genetica... – 2. ...sulla fase funzionale del contratto e finanche sul momento organizzativo dell'attività d'impresa. – 3. Dall'«integrazione» al concetto di «conformazione» che si presta a rappresentare meglio la pervasività e la latitudine del condizionamento eteronomo derivante dalle prescrizioni emanate dalle *authorities*. – 4. L'acquisita dimensione sovranazionale del fenomeno conformativo che trova riscontro nel dinamismo delle autorità europee di vigilanza a loro volta abilitate a dettare misure di notevole impatto sulla sfera negoziale degli operatori economici. – 5. La «criptoregolazione» dei mercati alimentata da fonti di «*soft law*» e da interventi di «*moral suasion*». – 6. Ermeneutica in funzione di controllo e necessaria verifica del corretto esercizio dei poteri di regolazione e dei risultati della conformazione: ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà orizzontale quali parametri fondamentali per scongiurare eventuali «*derive*» regolatorie. – 7. Considerazioni critiche (e auspici) in merito alla qualità del processo e all'effettività dell'odierno sindacato giurisdizionale.

1. *L'incidenza negoziale del diritto privato «regolatorio» prodotto dalle autorità indipendenti sulla fase genetica...*

È oramai acquisito che la disciplina integrativa del contratto e, più in generale, degli atti di autonomia non è più appannaggio esclusivo del legislatore¹.

Il diritto privato (di matrice amministrativa²) prodotto dalle autorità indipendenti³ nell'esercizio dell'attività di regolazione dei mercati⁴ è infatti costellato

¹ Sulla crisi della visione «egocentrica» del diritto e sulla dequotazione dell'atto legislativo, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 87 ss.; G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2012, p. 89 ss.

² E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 520 e 523 ss.

³ Oggigiorno, più che il codice civile, rivestono un ruolo di primo piano la normativa secondaria e i provvedimenti delle autorità indipendenti «che in larga misura forniscono la “vera” disciplina di molti contratti»: G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, in *Riv. trim.*, 2017, p. 332.

⁴ Di «diritto privato della regolazione» o di «diritto privato regolatorio» discorre – ancorché in una visione più ampia non circoscritta soltanto all'attività delle *authorities* – A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 526, con riferimento a «quella parte della produzione normativa di origine comunitaria che corregge l'autonomia privata», ossia che «riscrive il contenuto negoziale, imponendo una regola aliena» capace «di garantire un'allocazione delle risorse che il mercato, nel caso specifico, non sarebbe in grado di assicurare ovvero previene e reprime gli esiti inefficienti che derivano dai comportamenti che si discostano dai paradigmi concorrenziali».

di norme eteronome idonee a influire – in modo pervasivo (e, secondo taluni, «invasivo»⁵) – su tutte le tradizionali estrinsecazioni della libertà negoziale e su tutti i segmenti della contrattazione⁶.

Questa naturale vocazione, rende le *authorities*, nel presente momento storico, protagoniste assolute del complesso fenomeno integrativo oggetto di indagine⁷.

Per esemplificare, se si guarda alla fase genetica che conduce alla formazione del vincolo contrattuale, sono fin troppo noti i minuziosi obblighi pubblicitari, informativi e di trasparenza imposti dalla Banca d'Italia per quanto concerne le operazioni e i servizi bancario-finanziari⁸; dall'Ivass, per quanto concerne il «Fascicolo informativo» e i documenti precontrattuali di cui questo si compone⁹; dalla Consob per i servizi e le attività di investimento nonché per i servizi accessori¹⁰. A tale ultimo proposito, due recenti arresti della Corte di cassazione (in tema di operazioni di investimento, ma suscettibili di superare i confini tracciati *ratione materiae*) hanno chiarito, da un lato, che gli obblighi di informazione «attiva» imposti dal t.u.f. e dalle correlate norme attuative della Consob appartengono alla «fase endocontrattuale del rapporto» e finiscono per essere «incorporati

⁵ G. NAPOLITANO, *Contratto e regolazione nel mercato dell'energia elettrica*, in *Contratti dell'energia e regolazione*, a cura di M. De Focatiis e A. Maestroni, Torino, 2015, p. 252.

⁶ M. ZARRO, *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Napoli, 2015, spec. p. 93 ss.; G. GITTI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 134 s.

⁷ M. IMBRENDA, *Il ruolo delle autorità indipendenti nella integrazione e conformazione del contratto*, in *Scritti in onore di Vito Rizzò. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori, Napoli, 2017, I, p. 915 s.

⁸ Si vedano in particolare le «Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» adottate dalla Banca d'Italia in data 29 luglio 2009 (nell'allegato 1, il regolatore arriva persino a stabilire i criteri di impaginazione e le scelte tipografiche da seguire nella stesura delle clausole per assicurarne o migliorarne la leggibilità e l'intelligibilità). A tal proposito, E. CAPOBIANCO e F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 1147 ss.; F. VELLA e M. PALMIERI, *Il provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 in tema di trasparenza bancaria*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2010, II, p. 51 ss.

⁹ Cfr. il reg. Ivass 26 maggio 2010, n. 35, recante la disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi, di cui al Titolo XIII del Codice delle assicurazioni private (c. ass.). A questo si aggiunga il reg. Ivass 16 ottobre 2006, n. 5, che agli artt. 45-57 detta le regole di presentazione e di comportamento nei confronti della clientela nell'offerta dei contratti di assicurazione. Sul punto, G. GITTI, *Autonomia privata*, cit., p. 135 s.; I. RIVA, *La trasparenza in materia assicurativa: un primo sguardo al Regolamento ISVAP n. 35/2010*, in *Assicurazioni*, 2010, I, p. 647 ss.; e V. SANGIOVANNI, *L'informazione precontrattuale degli intermediari assicurativi*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 123 ss.

¹⁰ Cfr. le regole concernenti «informazioni, comunicazioni pubblicitarie e promozionali» di cui agli artt. 27 ss. del «Regolamento intermediari» approvato con delibera 29 ottobre 2007, n. 16190. In dottrina, per tutti, G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziaria. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Econ. dir. terziario*, 2009, p. 395 ss.

per via di integrazione nel contenuto tipico del contratto»¹¹; dall'altro, che, avendo tali previsioni natura «imperativa», la loro inosservanza a scapito dell'interesse oggettivo del cliente rileva (non già come mero inadempimento ma) ai fini dello svolgimento del giudizio di meritevolezza dei contratti stipulati *ex art.* 1322, comma 2, c.c.¹².

Altrettanto paradigmatica è poi la definizione da parte delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità degli specifici obblighi di correttezza e informazione cui gli esercenti devono attenersi nella presentazione delle offerte ai clienti/utenti finali¹³; obblighi che divengono ancora più stringenti in alcune ipotesi particolari (le quali giustificano una più intensa protezione) come quella dei contratti e delle attivazioni di forniture non richiesti¹⁴.

2. ...sulla fase funzionale del contratto e finanche sul momento organizzativo dell'attività d'impresa

Venendo alla fase funzionale (e più propriamente esecutiva), il sinallagma soggiace tanto alla «regolazione economica», che culmina nella congerie

¹¹ Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in *Giur. it.*, 2017, p. 1271.

¹² Cass., 31 luglio 2017, n. 19013, in *www.dirittocivilecontemporaneo.com*, con nota di T. FEBBRAJO, *Contratti di Interest Rate Swap e giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti: l'intervento chiarificatore della cassazione*. Nella fattispecie si trattava di derivati che non assecondavano la funzione di copertura voluta invece dall'investitore.

¹³ Si veda sia quanto previsto nel Titolo III del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali (allegato A alla delibera Aeegei ARG/com 104/10 dell'8 luglio 2010, come successivamente modificata e integrata); sia gli obblighi informativi imposti agli operatori, nel caso di contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, definiti in seno al «Regolamento per la tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche» (approvato con delibera Agcom 25 settembre 2015, n. 519/15/CONS). In dottrina, cfr. G. GITTI, *Autonomia privata*, cit., p. 138; E. BRUTI LIBERATI, *I contratti delle comunicazioni elettroniche*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, p. 1300; G. GABASSI, *Delibera AGCom 519/15/CONS e Regolamento UE n. 2120/2015: due occasioni mancate per la tutela degli utenti nei contratti aventi ad oggetto servizi di comunicazione elettronica?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 746 ss., ma spec. 762 ss.

¹⁴ Cfr. l'art. 5 dell'allegato A alla delibera Aeegei 153/2012/R/com del 19 aprile 2012, come modificata e integrata dalla delibera 208/2016/R/eel del 2016 (recante «Misure preventive e ripristinatorie nei casi di presunti contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale»), che – fermo restando e in aggiunta a quanto già disposto nel Codice di condotta commerciale – impone al venditore ulteriori obblighi in caso di contratti stipulati fuori dai locali commerciali o mediante forme di comunicazione a distanza. In argomento, F. LONGO-BUCCO, *Forniture non richieste e proceduralizzazione dell'attività d'impresa: doveri di status del professionista?*, in *Giur. it.*, 2014, spec. p. 2623 s.; F. POLETTINI, *Attivazioni contrattuali non richieste di utenza gas ed energia elettrica e pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 460 ss. Tutele analoghe avverso tali condotte commerciali scorrette sussistono anche nel settore delle comunicazioni elettroniche come conferma l'art. 3, comma 3, del citato reg. Agcom 25 settembre 2015, n. 519/15/CONS (G. GABASSI, *o.c.*, p. 790 s.).

di delibere licenziate dalle competenti autorità (specie nel settore energetico e idrico) aventi a oggetto la fissazione delle tariffe e dei regimi tariffari¹⁵; quanto e soprattutto alla «regolazione non economica»: al riguardo, esempi emblematici che esprimono uno dei massimi gradi cui si può spingere l'ingerenza regolatoria nella costruzione e nell'uniformazione dei contenuti contrattuali¹⁶ si rintracciano, innanzitutto, nella pressoché integrale predeterminazione delle clausole che compongono i contratti di assicurazione sulla vita connessi a un finanziamento ad opera dell'Ivass che, con proprio regolamento, ha provveduto a identificarne, mediante un'elencazione puntuale e dettagliata, i «contenuti minimi»¹⁷.

In modo non dissimile, l'Aeegsi ha introdotto, a decorrere dal 1 gennaio 2018, l'obbligo per tutti i fornitori di luce e gas del mercato libero di presentare ai consumatori un'offerta standardizzata (c.d. «offerta p.l.a.c.e.t.»), da formulare – per renderne più facile la confrontabilità – sulla base di condizioni contrattuali predefinite dalla medesima Autorità¹⁸.

Altrettanto significativo è, infine, l'art. 71 del nuovo Codice dei contratti pubblici che attribuisce all'Autorità nazionale anticorruzione la facoltà di emanare «bandi-tipo»¹⁹ in conformità dei quali «devono essere redatti»²⁰ gli atti indittivi

¹⁵ A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016, p. 64 ss.; E. BOSCOLO, *Il modello di regolazione indipendente nel settore idrico*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017. Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, a cura di L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, 2017, p. 260 ss.; G. BORTONI, *La regolazione dell'Aeegsi e le sfide del sistema idrico*, *ivi*, p. 399 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Mercati retail dell'energia e disciplina dei servizi di tutela. La regolazione del prezzo*, in *Contratti dell'energia*, cit., p. 82 ss.; G. INVERNICI, *La tutela del consumatore in materia di qualità e concorrenza del servizio idrico e il ruolo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, a cura di M. Andreis, Torino, 2015, p. 220 s.

¹⁶ Che determina perciò «una rilevante “espansione” del contenuto obbligatorio dell'accordo» [P. BIANDRINO, *Tipi contrattuali e vincoli regolatori nel settore dell'energia*, in *Contratti dell'energia*, cit., pp. 56 e 60].

¹⁷ Cfr. il reg. Ivass (*olim*, Isvap) 3 maggio 2012, n. 40, concernente la «definizione dei contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita di cui all'articolo 28, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27». Tra i contributi dedicati al provvedimento *de quo*, si vedano in particolare: I. RIVA, *Polizze connesse a mutui tra regolazione ISVAP e “legislazione Monti”*, in *Assicurazioni*, 2012, p. 277 ss.; e O. CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 906 ss.

¹⁸ Cfr. la delibera Aeegsi 555/2017/R/com del 27 luglio 2017 recante «Offerte “a Prezzo Libero A Condizioni Equiparate di Tutela” (offerta P.L.A.C.E.T.) e condizioni contrattuali minime per le forniture ai clienti finali domestici e alle piccole imprese nei mercati liberi dell'energia elettrica e del gas naturale».

¹⁹ Cfr. la delibera Anac 22 novembre 2017, n. 1228, con la quale è stato approvato il bando-tipo n. 1/2017 relativo alle gare per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo; e la delibera Anac 10 gennaio 2018, n. 2, con la quale è stato approvato il bando-tipo n. 2/2018 relativo alle gare per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di pulizia di importo pari o superiore alla soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

²⁰ Nella «Nota illustrativa» che correda il citato bando-tipo n. 1/2017, l'Anac ha *expressis verbis* confermato che le prescrizioni ivi dettate «sono vincolanti per le stazioni appaltanti redigenti, fatte

delle gare²¹, allo scopo di agevolare il compito delle stazioni appaltanti, omogeneizzando le condotte; peraltro, l'Anac è titolare di speculari poteri anche per quanto concerne i «capitolati-tipo» e i «contratti-tipo»²², ai sensi dell'art. 213, comma 2, del citato Codice, come conferma la delibera 8 giugno 2016, n. 618 che individua le clausole-tipo «da inserire obbligatoriamente nei contratti per l'affidamento di servizi assicurativi».

Tuttavia, uno degli spunti di riflessione più suggestivi e ricchi di implicazioni si trae dalla constatazione che il baricentro delle misure regolatorie dettate dalle *authorities* si sta via via spostando dal contratto (cioè dall'area dell'atto e del correlativo rapporto negoziale) al momento organizzativo stesso dell'attività imprenditoriale, il che permette di apprezzare, meglio che in passato, l'importanza che rivestono i meccanismi di funzionamento dell'impresa rispetto alla disciplina del contratto, nonché la loro relazione osmotica²³: si pensi, tanto per rimanere nel raggio della strettissima attualità, alle regole Ivass in materia di sistema di governo societario delle compagnie di assicurazione che – come esige la «direttiva *Solvency II*» – andranno a potenziare i requisiti qualitativi di gestione delle società (o dei gruppi) che dovranno dotarsi del modello di *governance* più confacente rispetto al proprio profilo di rischiosità²⁴.

salve le parti appositamente indicate come «facoltative», di talché «devono essere obbligatoriamente presenti nella documentazione di gara». Similmente, nella «Relazione AIR» si confuta la lettura interpretativa in base alla quale «l'obbligo per le amministrazioni di «conformarsi» al bando tipo dovrebbe essere inteso come obbligo di conformarsi alla disciplina sostanziale e non alla impostazione formale del bando»: all'opposto, si propugna l'impostazione più rigorosa che identifica il modello predisposto dall'Autorità con un «atto formale, ad effetto vincolante per le stazioni appaltanti, la cui flessibilità di recepimento è consentita limitatamente alle parti espressamente indicate come facoltative». Il che conferma le impressioni di G.D. COMPORZI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, p. 177 ss., ad avviso del quale l'eccesso di regolazione inaugurato dal nuovo Codice dei contratti pubblici – oltre a creare incertezze operative e conseguenti stalli decisionali da parte degli uffici competenti – ha di molto ridotto la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella gestione delle procedure che il recepimento della normativa europea avrebbe in teoria dovuto incentivare.

²¹ A. FEDERICO, *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo*, cit., p. 685; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urh. app.*, 2016, p. 521; R. CANTONE, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e l'ANAC come autorità di regolazione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, a cura di Aa.Vv., Milano, 2016, p. 128; F. MARONE, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione del sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 752 s.

²² A. FEDERICO, *o.c.*, p. 686.

²³ Che trova sublimazione nel campo assicurativo: P. CORRIAS, *Incidenza dell'impresa e conformazione del contratto di assicurazione*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 513 ss.; O. CLARIZIA, *Contratto di assicurazione, impresa, mercato: dialoghi tra passato (l'impresa requisito del contratto) e presente (nullità di protezione ed eteroregolamentazione)*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 1223 ss. e 1241 ss.

²⁴ Si veda, allo stato, il Documento di consultazione n. 2 del 2017 pubblicato dall'Ivass in data 19 luglio 2017 che, tra l'altro, si occupa del sistema di governo societario, con particolare riferimento al ruolo degli organi sociali, all'adeguatezza della struttura organizzativa, al sistema di controllo interno, al sistema di gestione dei rischi e all'idoneità alla carica degli esponenti aziendali e di coloro che svolgono le funzioni fondamentali. Sul versante sovranazionale, si considerino: le «Linee guida sulla

Del pari, a rimarcare il *continuum* che si instaura tra regole del contratto («a valle») e regole di organizzazione dell'impresa («a monte»)²⁵ concorre il nuovissimo reg. n. 2017/1129/UE che, nel disciplinare il prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato²⁶, preannuncia che l'informativa racchiusa nel documento in parola e disposta per tutelare gli investitori non impedisce alle autorità competenti dei singoli Stati di stabilire altri requisiti «in particolare in materia di governo societario»²⁷.

3. *Dall'«integrazione» al concetto di «conformazione» che si presta a rappresentare meglio la pervasività e la latitudine del condizionamento eteronomo derivante dalle prescrizioni emanate dalle authorities*

Di là dalle esemplificazioni (che potrebbero ovviamente continuare), quello che per contro merita attenzione in chiave ricostruttiva è che – se è vero com'è vero che il «condizionamento» messo in campo dalla regolazione «indipendente» risale dall'atto, all'agire negoziale degli operatori di mercato fino a investire l'assetto organizzativo dell'impresa – appare piuttosto riduttivo continuare a discorrere di integrazione *tout court*, dovendosi prediligere l'impiego del più moderno concetto di «conformazione», che si presta a rappresentare meglio e in modo più icastico la proteiformità e la latitudine del fenomeno eterointegrativo allorquando lo si osservi sotto la lente dei poteri delle *authorities*.

Al di là dell'aspetto puramente terminologico, tale approdo impone, di

governance interna di banche e imprese di investimento» emanate dall'Autorità bancaria europea (EBA) con particolare riguardo ai dispositivi, processi e meccanismi di cui all'art. 74 della direttiva n. 2013/36/UE («CRD IV»); le «Linee guida sulla valutazione di idoneità dei membri dell'organo di gestione e dei titolari di “funzioni chiave” di banche ed intermediari finanziari» emanate dall'EBA e dall'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) ai sensi dell'art. 9, par. 1, della direttiva n. 2014/65/UE («MiFID II») e dell'art. 91, par. 12, della citata direttiva n. 2013/36/UE; nonché le «Linee guida per la valutazione dei requisiti di onorabilità e del possesso delle conoscenze, competenze ed esperienza richieste ai membri dell'organo di gestione di un gestore del mercato e dell'organo di gestione di un fornitore di servizi di comunicazione dati» («Data Reporting Services Providers» o «DRSPs») emanate dall'ESMA rispettivamente ai sensi degli artt. 45 e 63 della direttiva «MiFID II».

²⁵ D. SIMEOLI, *Il contratto “regolato”: spunti per uno studio*, in *Contratti dell'energia*, cit., p. 114.

²⁶ Per una primissima disamina dei contenuti della disciplina, A. FELICIANI e M. SCURIATTI, *Il nuovo Regolamento Prospetto: le principali novità*, in www.dirittobancario.it, p. 1 ss.

²⁷ Così il *considerandum* n. 8 del citato regolamento europeo. Anche la direttiva «MiFID II» ha previsto l'imposizione a carico dell'intermediario di obblighi di condotta e organizzativi prodromici e strumentali al corretto assolvimento degli obblighi informativi verso il cliente, posto che – viceversa – l'inadeguatezza strutturale compromette inevitabilmente la capacità del soggetto abilitato a rendere un servizio adeguato (come pure avverte E. GIORGINI, *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, Napoli, 2017, p. 100 ss.): l'art. 25, par. 1, prescrive infatti alle imprese d'investimento «di garantire e dimostrare [...] che le persone fisiche che forniscono consulenza alla clientela in materia di investimenti o informazioni su strumenti finanziari, servizi d'investimento o servizi accessori per conto dell'impresa d'investimento sono in possesso delle conoscenze e competenze necessarie» (cfr., altresì, il novellato art. 6, comma 2, lett. b-bis, n. 8, t.u.f.).

conseguenza, una riconfigurazione dei tradizionali istituti codicistici invocati per veicolare nel programma negoziale componenti nuove rispetto a quelle volute *ab origine* dai paciscenti. Da un lato, se ne deve ampliare la portata: non è un mistero infatti che le previsioni di cui agli artt. 1339 (questo in combinato disposto con l'art. 1419) e 1374 c.c. erano state pensate e tarate dai *conditores* del 1942 in vista di interventi puntuali, circoscritti e di semplice «ortopedia» contrattuale ma che oggi danno la stura a esiti manipolativi ben più complessi²⁸ che tendono alla riscrittura e «a un vero e proprio rifacimento»²⁹ del regime pattizio; dall'altro, si deve dilatare la fonte legittimante che consente l'applicazione delle suddette norme: il riferimento alla «legge» che le accumuna a livello testuale non può evidentemente essere più interpretato in senso formale, bensì «come sinonimo di “diritto oggettivo” o, *rectius*, di “sistema italo-comunitario delle fonti”»³⁰, non potendo disattendere che la corrente regolazione del contratto³¹ viaggia su un binario diverso da quello legislativo classico (oramai recessivo³²).

Allo stesso modo, volendo salire ulteriormente di quota, le previsioni conformative delle *authorities* sollecitano una riconsiderazione dei capisaldi teorici della «contrattazione standardizzata di impresa»³³, giacché incrinano il *topos* dell'assoluta signoria dell'imprenditore³⁴ nella predisposizione degli schemi contrattuali nell'ambito dei rapporti di massa³⁵ (il che genera un effetto dirompente

²⁸ Che non necessariamente esibiscono natura «additivo-sostitutiva» (come vuole l'idea che l'integrazione segua sempre a una dichiarazione per certi versi carente), potendo essere di tipo «sottrattivo» (diretta cioè a vietare determinati contenuti contrattuali) ovvero giungere finanche a configurare obblighi o divieti a contrarre. Cfr. A. FERRARI ZUBINI, *La regolazione amministrativa del contratto*, cit., pp. 164 ss. e 190; e, nel campo dei contratti finanziari, R. MOTRONI, *Nuovi limiti all'autonomia negoziale nei contratti finanziari*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, pp. 625, ma spec. 630 s.

²⁹ L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, p. 40.

³⁰ M. ANGELONE, *Regolazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto*, in *Riv. dir. imp.*, 2016, p. 105.

³¹ Per l'appunto ribattezzata «neoregolazione»: V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, a cura di Aa.Vv., Napoli, 2006, p. 974.

³² A. JANNARELLI, *Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1014 s.; E. BATTELLI, *Brevi riflessioni sul superamento del positivismo legislativo e sull'ordine a “normatività graduata” nel diritto contrattuale*, in *Pol. dir.*, 2016, p. 423 ss.; G. LUCHENA, *Autorità indipendenti e Costituzione economica*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2016, p. 9; A. MAZZA LABOCCETTA, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Dir. econ.*, 2015, pp. 635 s. e 645 s. Cfr., altresì, *retro*, nota 1.

³³ E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975.

³⁴ Quanto al valore essenziale e dirimente della predisposizione unilaterale, G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 365; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 349.

³⁵ Fermi restando, s'intende, i controlli *ex post* approntati dall'ordinamento (primo fra tutti quello di vessatorietà) per evitare che le clausole unilateralmente predisposte e la riflessa asimmetria di potere negoziale vadano a detrimento della parte aderente. Sul punto, anche per un raffronto tra i meccanismi protettivi delineati dal codice civile e quelli di derivazione comunitaria, R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 138 ss.

se sommato – come detto – alla riduzione a puro simulacro anche del concomitante potere imprenditoriale di libera organizzazione e gestione dell'impresa).

L'eteronomia e la massiccia presenza di contenuti normativamente imposti degrada la volontà dei contraenti – in alcuni settori strategici (come quello bancario, assicurativo, finanziario e delle «*public utilities*») – a mero «atto di iniziativa» (o «di impulso», che dir si voglia)³⁶. Tuttavia, ciò non comporta la negazione³⁷ (o addirittura la «morte»³⁸), ma piuttosto la «funzionalizzazione» del contratto³⁹ che «non può più essere letto nell'ottica esclusiva della determinazione volitiva o dell'autoregolamento di privati interessi»⁴⁰ (ossia di «affare privato tra privati»⁴¹), assurgendo a strumento tramite il quale ordinare le strutture mercantili⁴² e perseguire interessi superindividuali che le libere forze di mercato non sono in grado di promuovere⁴³.

Visione questa che si colloca in perfetta sintonia con l'insegnamento dottrinario che rifiuta di considerare l'autonomia negoziale un *quid* di intangibile⁴⁴, un *totem* da venerare, ovvero un valore in sé⁴⁵.

³⁶ D'altronde, «l'elemento costante» degli atti di autonomia si rintraccia nel potere «di iniziativa e di impulso», mentre «in concreto l'autoregolamento può mancare» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 322 s.).

³⁷ P. PERLINGIERI, *Parole introduttive*, in *Death of Contract? La giurisprudenza come storia*, a cura di A. Cernigliaro, Napoli, 2017, p. 95.

³⁸ N. IRTI, *Contratto e fonti regolative*, in *Contratti dell'energia*, cit., p. 2.

³⁹ P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 214; P. GROSSI, *Itinerari vecchi e nuovi del contratto*, in *Death of Contract?*, cit., pp. 27, 30 e 31; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile, III, Obbligazioni*, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 70.

⁴⁰ N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 242. Oggigiorno il contratto si presenta quale «sintesi di auto ed eteroregolamentazione» (P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, pp. 206, 210 e 219), apparendo peraltro storicamente superata la ricostruzione in termini di regola e eccezione dei rapporti tra norma autonoma e norma eteronoma [V. RICCIUTO, *L'integrazione dei contratti di impresa. Dilatazione o estinzione della fattispecie?*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo*, cit., II, p. 1901 ss.].

⁴¹ V. RICCIUTO, *Nuove prospettive del diritto privato dell'economia*, in *Diritto dell'economia*, a cura di E. Picozza e V. Ricciuto, 2ª ed., Torino, 2017, p. 336.

⁴² P. PERLINGIERI, *Quella di Hugh Collins sul "codice civile europeo" non è la via da seguire*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1210; M. IMBRENDA, *Il ruolo delle autorità indipendenti*, cit., p. 920 s.

⁴³ A testimonianza della veridicità di tali affermazioni che, si consideri la prospettiva del contratto c.d. «ecologico» che si fa portavoce dell'interesse (di certo trascendente la dimensione meramente individuale dei contraenti) alla salvaguardia dell'ambiente e all'uso responsabile delle risorse naturali, il quale permea la causa della pattuizione e la stessa interpretazione dell'atto di autonomia. Sul punto, M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 753 ss. e 765.

⁴⁴ «L'autonomia privata non è un dogma, ma una creatura del tempo». Così N. IRTI, *Contratto e fonti regolative*, cit., p. 1, il quale perviene a tale conclusione osservando che «le fonti regolative non trovano il contratto, ma fanno il contratto, il quale non progredisce né regredisce, non si espande e non si ritrae, ma è, di epoca in epoca, così come è conformato dalle fonti regolative» (corsivo testuale).

⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 257; ID., *Il diritto civile*, cit., p. 348; F. CRISCUOLO, *Constitutional Axiology and Party Autonomy*, in *It. L. J.*, 2017, p. 359 s.; P. LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali*

4. *L'acquisita dimensione sovranazionale del fenomeno conformativo che trova riscontro nel dinamismo delle autorità europee di vigilanza a loro volta abilitate a dettare misure di notevole impatto sulla sfera negoziale degli operatori economici*

Il fenomeno conformativo in parola trova poi una potente cassa di risonanza nelle autorità europee di vigilanza⁴⁶ a loro volta abilitate a dettare norme di notevole incidenza negoziale⁴⁷, com'è agevole constatare avendo riguardo all'Autorità bancaria europea (EBA); all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA); e all'Autorità europea delle assicurazioni e dei fondi pensione (EIOPA); nonché ai connessi organismi di supporto⁴⁸ e raccordo⁴⁹.

Per averne contezza, basti solo por mente alle misure di «*product governance*» mediante le quali le predette Autorità – al fine di anticipare la tutela degli investitori – guidano le imprese nella perimetrazione del «*target markets*», ossia del mercato di riferimento (e quindi della gamma di clienti) con il quale un determinato prodotto risulti compatibile e a cui potrà pertanto essere destinato⁵⁰; e,

sull'autonomia negoziale, Padova, 2012, p. 103 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, spec. p. 13 e 25.

⁴⁶ V. TROIANO, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo*, in *La MiFID II. Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, a cura di V. Troiano e R. Motroni, Padova, 2016, p. 512 ss.; P. BILANCIA, *Autorità indipendenti nazionali e organismi europei nella regolazione dei mercati di settore*, in *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, a cura di P. Bilancia, Milano, 2012, p. 3 ss.; F. CIRAIOLO, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari, dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Dir. econ.*, 2011, p. 415 ss.; A. ZITO, *L'evoluzione del coordinamento europeo dei regolatori: dalle reti alle autorità indipendenti europee*, in *Quad. reg.*, 2011, p. 211 ss.

⁴⁷ S. AMOROSINO, *L'incidenza delle regolazioni internazionali ed europee sui rapporti civilistici inerenti ai mercati finanziari*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1009 ss.

⁴⁸ È il caso del Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS) cui spettano – in sinergia con la Banca centrale europea (BCE) – compiti di vigilanza «macroprudenziale» del sistema finanziario dell'UE.

⁴⁹ Il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) identifica il *network* che comprende le (tre) Autorità europee di vigilanza (AEV), quelle nazionali e il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS).

⁵⁰ L. VELLISCIG *La tutela del cliente retail nel mercato finanziario: l'esempio della product regulation*, in *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, a cura di Aa.Vv., Milano, 2017, II, pp. 1741 ss.; V. TROIANO, *La product governance*, in *La MiFID II*, cit., p. 213 ss.; M. DE MARI, «Product governance» e «product intervention» nella MiFID2: dalle regole di comportamento al controllo sui prodotti finanziari?, in *Riv. dir. imp.*, 2015, p. 671 ss.; F. MOCCI e J. FACCHINI, *Product governance: le Linee guida ESMA di definizione del target market*, in *www.dirittobancario.it*, p. 1 ss. Sul fronte attuativo interno, il comma 2-bis e 2-ter dell'art. 21 t.u.f. introdotti dal d.lg. 3 agosto 2017, n. 129, in recepimento della «MiFID II» e della «MiFIR», dispongono che: «Quando realizzano strumenti finanziari per la vendita alla clientela, i soggetti abilitati alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento fanno sì che tali prodotti siano concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali individuato all'interno della pertinente categoria di clienti e che la strategia di distribuzione degli strumenti finanziari sia compatibile con i clienti target. I soggetti di cui al presente comma adottano inoltre misure ragionevoli per assicurare che lo strumento finanziario sia distribuito ai clienti all'interno del mercato *targets*» (comma 2-bis); e che «Il soggetto

ancor di più, si pensi alle (complementari) misure di «*product intervention*» con le quali le stesse Autorità possono giungere a proibire o limitare: *a*) il *marketing*, la distribuzione o la vendita di certi prodotti; o finanche *b*) un intero tipo di attività o di pratica finanziaria se non adeguati alle esigenze della clientela⁵¹.

È curioso osservare come questo «*humus*» contribuisca alla armonizzazione a livello sovranazionale dei contratti del settore bancario, finanziario e assicurativo, riuscendo – a sommo avviso dello scrivente – là dove altri tentativi volti alla creazione di un diritto contrattuale europeo hanno fallito non generando i risultati attesi. Il riferimento va ai numerosi gruppi di studio che hanno lavorato per l'unificazione del diritto dei contratti⁵² (come il gruppo Unidroit; il gruppo sul Codice civile europeo; la Commissione Lando; la Commissione Gandolfi); sia alle altre iniziative di tipo «settoriale» promosse per enucleare una disciplina comune, come accaduto per la vendita⁵³, l'assicurazione⁵⁴ e per i contratti di servizio⁵⁵.

abilitato deve conoscere gli strumenti finanziari offerti o raccomandati, valutarne la compatibilità con le esigenze della clientela cui fornisce servizi di investimento tenendo conto del mercato di riferimento di clienti finali di cui al comma 2-*bis*, e fare in modo che gli strumenti finanziari siano offerti o raccomandati solo quando ciò sia nell'interesse del cliente» (comma 2-*ter*).

⁵¹ F. GRECO, *Dall'informazione pre-contrattuale alla product governance: la tutela del risparmiatore tra paternalismo normativo e nuovi modelli di controllo*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 1 ss.; V. RICCIUTO, *La tutela dell'investitore finanziario. Prime riflessioni su contratto, vigilanza e regolazione del mercato nella c.d. MiFID 2*, in *Riv. dir. imp.*, 2016, p. 19 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *La tutela delle ragioni del cliente: dagli obblighi di comportamento agli "interventi sui prodotti"?*, in *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, a cura di A. Bartolacelli, V. Calandra Buonauro e F. Rossi, Milano, 2014, p. 183 ss.; F. GUARRACINO, *I poteri di intervento sui prodotti finanziari (la c.d. product intervention)*, in *La MiFID II*, cit., p. 231 ss.; M. DE MARI, *o.c.*, p. 687 ss.; E. FRANZA, *La "product intervention" del mondo MiFID II/MiFIR*, in *www.dirittobancario.it*, spec. p. 3 ss.; G. CAROTENUTO, *Product intervention under MiFID II/MiFIR*, *ivi*, spec. p. 4 ss.

⁵² Ne ricompongono il variegato panorama e le diverse metodologie, H. KÖTZ e S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, 2^a ed., Milano, 2017, p. 14 ss.; E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, mercato, contratto*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 141 s.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, 7^a ed., Milano, 2016, spec. p. 161 ss.; M. BUSSANI, *Diritto privato europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, p. 417 ss.

⁵³ Si veda la proposta di Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita («*Common European Sales Law*» o «*CESL*»). In argomento, G. ALPA, *Il progetto di regolamento europeo della vendita digitale (CESL)*, in *Econ. dir. terziario*, 2015, p. 259 ss.; E. CATERINI, *Principi e clausole generali nella proposta di regolamento europeo della vendita transfrontaliera*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 581 ss.; M. NUZZO, *Regolamento sul diritto comune europeo della vendita ed evoluzione del diritto interno*, *ivi*, 2013, p. 615 ss.; C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 289 ss.

⁵⁴ Sull'attività e sugli «*outcomes*» prodotti dal «*Project Group: Restatement of European Insurance Contract Law*» e dal successivo «*Expert Group on European Insurance Contract Law*», si veda – rispettivamente – J. BASEDOW, *Verso una disciplina europea dei contratti di assicurazione: ragioni, struttura e metodo*, in *Danno resp.*, 2003, p. 5 ss.; e ID., *Towards a European Insurance Contract Law? The Commission Expert Group, its Antecedents and Consequences*, in *Contr. impr./Eur.*, 2015, p. 1 ss.; ai quali si aggiunga M. MANTOVANI, *Il contratto di assicurazione nel diritto europeo*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, 2013, 2, p. 1 ss.

⁵⁵ I risultati delle ricerche (svolte nell'ambito del Gruppo di studio sul Codice civile europeo)

5. *La «criptoregolazione» dei mercati alimentata da fonti di «soft law» e da interventi di «moral suasion»*

In seno a una disamina a compasso allargato, non va sottovalutato (trattandosi di uno degli aspetti a oggi meno esplorati⁵⁶) che l'intervento regolativo non si esprime soltanto attraverso moduli autoritativi e cogenti, ma sfrutta spesso la spinta «morbidà» della «soft law» e della «moral suasion», in quanto alle *authorities* (comprese quelle europee⁵⁷) fanno capo epifanie di potere che – sebbene prive «sulla carta» di diretta ricaduta negoziale – realizzano comunque un effetto conformativo, grazie alla forza persuasiva sprigionata dall'«auctoritas» di cui godono tali organismi e i loro *dicta* fra i destinatari della loro azione⁵⁸ (e non solo⁵⁹).

È il caso delle c.dd. «lettere al mercato» dell'IVASS⁶⁰ (le *ex* «circolari») tese a esternare la posizione dell'Istituto in merito a determinate questioni e che, come si può immaginare, esercitano una forte «*captivation*» tra i professionisti del

sono confluiti nel volume *Principles of European Law. Service Contracts*, a cura di M. Barendrecht, C. Jansen, M. Loos, A. Pinna, R. Cascao e S. van Gulijk, Oxford, 2007.

⁵⁶ Sebbene non manchino eccezioni: cfr., infatti, G. BRUZZONE e G.D. MOSCO, *L'attività «col-laborativa» delle Autorità indipendenti*, in *An. giur. econ.*, 2002, p. 403 ss.

⁵⁷ È il caso delle «linee guida» adottate dalle tre autorità europee ricordate nel paragrafo precedente: S. AMOROSINO, *Il diritto delle assicurazioni nell'unitarietà delle regolazioni dei tre mercati finanziari*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 261 ss. Cfr., *retro*, nota 24.

⁵⁸ Difatti «*Soft law* significa diritto non vincolante, ma “non privo di conseguenze, perlomeno sul piano fattuale”»: E. BATELLI, *Brevi riflessioni*, cit., p. 426. Secondo D.W.P. RUITER e R.A. WESSEL, *The Legal Nature of Informal International Law: A Legal Theoretical Exercise*, in *Informal International Lawmaking*, a cura di J. Pauwelyn, R.A. Wessel e J. Wouters, Oxford, 2012, p. 165, l'impegno che scaturisce da atti di *soft law* può, di fatto, essere ancora più forte di quello che invece scaturisce da atti formalmente cogenti. Anche per G. ALPA, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 47, «la fonte non solo deve esser valutata secondo la sua “durezza” e la sua “valenza”, ma anche secondo il suo effetto empirico. Vi sono regolamenti, deliberazioni, circolari di autorità indipendenti che oggi “pesano” di più delle leggi approvate dai Parlamenti; vi sono modelli contrattuali che valgono di più delle regole inserite nei codici; vi sono iniziative “persuasive” (per l'appunto di *moral suasion*) che valgono di più dei tradizionali atti autoritativi». Ulteriori riflessioni sul tema sono svolte da B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 2, p. 32 ss.

⁵⁹ Degni di nota sono, per l'appunto, anche i condizionamenti che si producono a livello istituzionale sulle relazioni intercorrenti tra le Autorità indipendenti, da un lato, e il Governo o il Parlamento, dall'altro: A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in www.federalismi.it, 2017, p. 2 ss.

⁶⁰ Alle quali fanno da *pendant* le c.dd. «*opinions*» fornite dall'EIOPA allo scopo di creare una cultura comune e pratiche di vigilanza coerenti all'interno dell'Unione, nonché per garantire procedure e approcci uniformi (si pensi alla recente *opinion* pubblicata dall'EIOPA in data 11 dicembre 2017 contenente una serie di raccomandazioni volte a rafforzare la tutela dei consumatori nel settore delle polizze vita di tipo *unit-linked*). Identico potere è riconosciuto all'EBA e all'ESMA.

comparto⁶¹; ovvero, aprendo a scenari ancora più attuali, delle discusse⁶² «linee guida» non vincolanti dell'Anac alle quali l'art. 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici affianca, come se non bastasse, «altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati»⁶³ volti a garantire «la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui [si] fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e [...] lo sviluppo delle migliori pratiche»⁶⁴; senza contare che, sempre l'art. 213, comma 3, lett. *b*, del Codice dei contratti pubblici, stabilisce che l'Anac, «per affidamenti di particolare interesse, svolge attività di vigilanza collaborativa»⁶⁵, finalizzata a supportare le stazioni appaltanti richiedenti nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara⁶⁶.

⁶¹ In una delle più recenti, datata 3 aprile 2017, si sollecitano le imprese a prevedere l'attivazione, in merito alle polizze abbinata ai finanziamenti, di adeguate procedure per la restituzione del rateo di premio non goduto in caso di estinzione anticipata parziale. Con lettera al mercato del 16 marzo 2017 l'Ivass – avendo riscontrato alcune anomalie – ha fornito indicazioni per l'applicazione delle norme inerenti al rilascio delle garanzie obbligatorie degli operatori turistici in caso di insolvenza fallimento al fine di contribuire a creare le giuste condizioni affinché le predette garanzie assicurative abbiano caratteristiche tali da realizzare in maniera efficace la loro funzione consistente nel fornire una protezione piena, generale ed effettiva dei viaggiatori-assicurati.

⁶² A. FEDERICO, *Integrazione del contratto*, cit., p. 683 s.; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 413 s. e 417; P. MANTINI, *Autorità nazionale anticorruzione e "soft law" nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2017, p. 3 ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 285 s. e 307 s.; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 2, p. 76 s.; G.A. GIUFFRÉ, *Le 'nuove' dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *www.federalismi.it*, 2017, p. 6 s.

⁶³ Non sono mancate critiche in ordine alla legittimità costituzionale della previsione che, come formulata, si risolve nell'attribuzione all'Anac di poteri (atipici) di regolamentazione della materia dei contratti pubblici estremamente lati e vaghi quanto ai presupposti di esercizio (M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 856 s. e 859). Sulla scelta culturale sottesa al nuovo scenario normativo che pone al centro la regolazione flessibile (dotata o meno di efficacia vincolante), I.A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I.A. Nicotra, Torino, 2016, p. 35.

⁶⁴ Proprio sulla scorta di tale previsione l'Anac ha avuto più volte modo di esercitare attività consultiva finalizzata a fornire indicazioni sulla corretta interpretazione e applicazione della normativa in materia di contratti pubblici, nonché in tema di prevenzione della corruzione e di trasparenza, mediante la formulazione di pareri su singoli casi concreti che – a detta della relazione illustrativa del regolamento attuativo (reg. Anac 20 luglio 2016) – «non hanno carattere vincolante e sono pacificamente inquadrabili come ordinari atti amministrativi non provvedimentali a carattere ausiliario».

⁶⁵ E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione 'pedagogica' dell'ANAC*, in *www.federalismi.it*, 2017, p. 1 ss.; M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 55.

⁶⁶ In tale contesto, come si legge nella «Relazione sull'attività svolta dall'Anac nel 2016» presentata al Parlamento in data 7 luglio 2017, «l'Autorità agisce in una logica di continuo e tempestivo "dialogo-supporto" alle stazioni appaltanti, fornendo loro "osservazioni" preventivamente all'adozione formale degli atti di gara sulla corretta ed uniforme interpretazione della normativa o attraverso l'indicazione di *best practices*, per prevenire *ex ante* le criticità nel sistema degli appalti».

Su altro versante, si pensi alle decisioni rese dalle *authorities* (o dagli organismi che ne costituiscono emanazione⁶⁷) in sede «giustiziale» ossia per la risoluzione delle controversie⁶⁸, che assumono un valore quasi «nomofilattico» agli occhi degli addetti del settore, inverando quella che in dottrina viene definita la «*regulation by litigation*» (il «regolare giudicando»⁶⁹), atteso che pur quando il regolatore dirime la singola situazione conflittuale, in realtà, non si estrania del ruolo che gli è proprio e quindi tende istintivamente a chiarire, orientare o correggere l'applicazione futura delle regole già poste⁷⁰, rendendo così la statuizione *inter alios acta* di potenziale interesse anche per gli altri soggetti non implicati⁷¹.

In definitiva, si rinvengono delle iniziative che, ancorché non siano espressione di una potestà *stricto sensu* regolamentare delle autorità indipendenti – perché riconducibili piuttosto alle funzioni di c.d. «*advocacy*» e «*adjudication*» –, alimentano una sorta di «criptoregolazione» o di regolazione per così dire «sommersa»⁷² e che finiscono con l'imporsi alla generalità degli operatori i quali ne riconoscono il carattere sostanzialmente impegnativo tanto da avvertire il bisogno (che ricalca i contorni dell'«*opinio iuris ac necessitatis*») di adeguare al loro tenore le successive condotte/scelte negoziali⁷³.

⁶⁷ Com'è per i «Comitati regionali per le comunicazioni» (Co.re.com.) chiamati ad esercitare, su delega dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), alcune funzioni tra le quali quella di conciliazione e/o di definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettronica (A. TARALLO, *I Corecom e la risoluzione delle controversie tra operatori ed utenti in materia di telecomunicazioni*, in *Dir. econ. mezzi comunic.*, 2005, pp. 451 ss. e 456 ss.).

⁶⁸ G. LUCHENA, *Autorità indipendenti*, cit., p. 7 s.; M. GENGLI, *Profili problematici delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova rass. legisl. dottr. giur.*, 2012, p. 844 ss.

⁶⁹ M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *www.federalismi.it*, 2017, p. 19.

⁷⁰ In simili contesti, «le controversie possono, quindi, offrire all'amministrazione l'occasione per fare regolazione, nel senso che, affrontando specifiche situazioni conflittuali, essa potrà avvantaggiarsi del contatto ravvicinato con la dimensione concreta delle vicende fattuali in cui interviene, guardando dentro i meccanismi di mercato, dove le regole create si fanno «vive», e, in questo modo, orientare alla nuova regolamentazione ovvero correggere integrare quello esistente». Così S. LUCATTINI, *Il regolatore giudicando nel prisma del giusto processo*, in *Contratti dell'energia*, cit., p. 232 s., il quale tuttavia avverte la necessità di un temperamento della propensione regolatoria della funzione giustiziale (p. 235 ss.). Nel caso dell'Agcom è addirittura il legislatore stesso che impone di perseguire gli obiettivi della regolazione anche nella risoluzione delle liti tra operatori di comunicazione (I. PERNA, «*Authorities*» e contratto. *Considerazioni sull'eteronomia regolamentare dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in *Nuove auton.*, 2017, p. 159 ss.).

⁷¹ Si vedano, a mo' di ulteriore esempio, i c.dd. pareri precontenziosi dell'Anac nel settore degli appalti pubblici: M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale*, cit., p. 13 ss.; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, p. 515 ss.; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e «precontenziosa» nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2016, p. 39 ss.; E.M. BARBIERI, *Prima lettura del regolamento dell'ANAC sui poteri di precontenzioso in materia di appalti pubblici*, in *Nuovo not. giur.*, 2016, p. 384 ss.

⁷² Per mutuare l'espressione utilizzata da M. BUCCELLO, *Alcune ipotesi di regolazione sommersa nel settore dell'energia*, in *Contratti dell'energia*, cit., p. 219 ss.

⁷³ N. PECCHIOLI, *Consob e poteri «commendatori» di conformazione e unificazione del mercato*, in *Dir.*

Tale atteggiamento di «spontanea» adesione è destinato a rafforzarsi in combinazione con l'attuale propensione dell'ordinamento a conferire sempre più «peso» ai provvedimenti delle *authorities* desumibile – data la loro valenza sistematica che le proietta ben oltre lo stretto ambito oggettivo di applicazione che gli è proprio – dalle norme del d.lg. n. 3 del 2017 le quali, nel recepire la direttiva n. 2014/104/UE sul risarcimento del danno *antitrust*, rendono a certe condizioni «vincolanti» nel giudizio civile risarcitorio gli accertamenti delle violazioni anticoncorrenziali compiuti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm)⁷⁴.

proc. amm., 2017, pp. 807 e 813 s. Il che rievoca il concetto di «effettività» con il quale «si suole designare una esistenza giuridica valutata nella concretezza dei comportamenti praticati, quel *law in action* che prescinde sia da una vincolatività assoluta [...], sia a una vincolatività legata alla forza cogente della legislazione [ovvero, *amplius*, della normazione]» (N. LIPARI, *Il diritto civile*, cit., p. 132 s.). Sui diversi criteri di accertamento e rilevazione dell'«effettività», ID., *o.n.c.*, p. 134 s.

⁷⁴ M. ZARRO, *La tutela risarcitoria da danno antitrust: nuovi sviluppi per il sistema misto di enforcement*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, p. 669 ss.; G. VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 445 s.; G. BRUZZONE e A. SAJJA, «Private e public enforcement» dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?, in *Merc. conc. reg.*, 2017, p. 29 ss.; L. MICCOLI, *Tra "public and private enforcement": il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova Direttiva 104/14 e del d.lg. 3/2017*, in *Jus civile*, 2017, 4, p. 21 ss.; G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Casi e materiali*, Torino, 2016, p. 5; R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 2016, p. 319 ss.; F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, *ivi*, p. 252; G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva "antitrust private enforcement"*, *ivi*, p. 228 ss.; A. NERVI, *Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions. Some Considerations from the Perspective of Italian Law*, in *It. L. J.*, 2016, p. 135 s.; P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 165 ss.; A.D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1506 ss.; S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme "antitrust" nel processo civile*, *ivi*, p. 1173 ss.; G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno "antitrust": riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 305 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Overview on the Directive 2014/104/EU*, in *Riv. it. antitrust*, 2015, 2, p. 48 ss.; L. PANZANI, *Binding Effect of Decisions Adopted by National Competition Authorities*, *ivi*, p. 5 ss.; M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Conc. merc.*, 2014, II, pp. 305 s. e 308 ss. Tra le ricadute più immediate che potranno discendere dalle nuove disposizioni, G. MASSAROTTO, *Utilità dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) nel settore bancario*, in *www.dirittobancario.it*, spec. p. 6 ss., prefigura l'opportunità per i risparmiatori/consumatori danneggiati di avvalersi – nei futuri giudizi risarcitori «follow-on» – delle decisioni Agcm di condanna della Banca Popolare di Vicenza (delibera 6 settembre 2016, n. 26168, in *www.agcm.it*) e Veneto Banca (delibera 24 maggio 2017, n. 26613, *ivi*) come prova della condotta illecita tenuta nei loro confronti dai predetti istituti di credito. Si tenga infine presente – a conferma dell'atteggiamento di deferenza verso i precedenti dell'Agcm – la tuttora discussa (cfr., sul punto, G. VERCILLO, *L'illecito antitrust ed esclusione dalle gare pubbliche. Tra vecchie e nuove incertezze*, in *www.federalismi.it*, 2017) eventualità di ritenere i provvedimenti sanzionatori che accertano un illecito *antitrust* commesso nell'ambito di passate gare pubbliche suscettibili di integrare causa di esclusione dalle future procedure di evidenza pubblica.

6. *Ermeneutica in funzione di controllo e necessaria verifica del corretto esercizio dei poteri di regolazione e dei risultati della conformazione: ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà orizzontale quali parametri fondamentali per scongiurare eventuali «derive» regolatorie*

Quanto sinora rappresentato, ci proietta inevitabilmente nel secondo tassello del ragionamento che si impenna sul «controllo»⁷⁵.

A riprova che si tratti di un passaggio logico quasi obbligato, è sufficiente evocare un recente saggio che, già nel titolo, lega sintomaticamente la tematica della «conformazione» (di cui si è appena dato conto) a quella del «controllo»⁷⁶, da intendersi come «ermeneutica del controllo» ovvero sia nel senso di interpretazione finalizzata al controllo⁷⁷.

Infatti, dinanzi alla «dispersione dei luoghi stessi della produzione giuridica»⁷⁸ e alla proliferazione di centri di potere dotati di una innata capacità nomopoietica in cui pressoché ogni attribuzione traligna in attività di «rulemaking»⁷⁹, come pure dinanzi all'incessante profluvio di norme⁸⁰ destinate a vario titolo a ricadere sulle dinamiche negoziali (considerate «tridimensionalmente» lungo gli assi atto-rapporto-organizzazione), diviene cruciale per l'interprete individuare un argine alla regolazione indipendente⁸¹ e un filtro agli apporti eterointegrativi.

In questa ottica, occorre allora ricavare dal complessivo quadro ordinamentale i parametri sui quali impostare il sindacato ora di legittimità delle prescrizioni conformative emanate dalle autorità di settore ora di liceità e meritevolezza del contratto conformato⁸². Controlli questi che solo per avventura – stante il nostro

⁷⁵ Sulla (unitaria) nozione di controllo, F. CRISCUOLO, *Il controllo dei lodi arbitrali, degli atti amministrativi e dei provvedimenti delle Authorities*, in *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'associazione dei dottorati di diritto privato*, a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, p. 373 s.

⁷⁶ P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione», cit., p. 204 ss.

⁷⁷ P. PERLINGIERI, *o.n.c.*, pp. 211 ss. e 216.

⁷⁸ V. SCALISI, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. XIII; G. ALPA, *Le «fonti» del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, in *Il diritto civile oggi*, cit., p. 143 ss.; G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Jus*, 2003, p. 13 s. Come attentamente rileva N. LIPARI, *Il diritto civile*, cit., p. 178, la diffusione della normatività produce, quale inevitabile conseguenza, la «disintegrazione del sistema delle fonti» ovvero la sua «destrutturazione (p. 179) e «nebulizzazione» (p. 183).

⁷⁹ Difatti «qualunque dichiarazione della autorità indipendente viene considerata come norma da chi deve svolgere un'attività soggetta a quella autorità indipendente»: G. DE NOVA, *Fonti di disciplina del contratto e autorità indipendenti*, in *Il contratto e le Autorità indipendenti. La metamorfosi dell'autonomia privata*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 60.

⁸⁰ D'altro canto, il ritmo della produzione normativa delle autorità indipendenti non è quello stanco e bradipesco del legislatore ordinario.

⁸¹ Rimarca la prolificità della regolazione, evidenziando le ripercussioni negative riconducibili a «un eccesso regolatorio», F. CINTIOLI, *Regolazione e regolatori nazionali nei settori del credito e dei mercati finanziari*, in *www.giustamm.it*, 2016, pp. 1 e 4.

⁸² Esula volutamente dalla riflessione (incentrata sul «controllo» e sull'indispensabilità sul piano logico e assiologico di tale fase di verifica del potere esercitato), il profilo relativo alle conseguenze giuridiche derivanti dalla difformità delle misure regolative rispetto al quadro normativo di

censurabile sistema di riparto di giurisdizione – sono demandati a giudici diversi (rispettivamente il g.a. e il g.o.⁸³), ma che ciononostante esibiscono una matrice comune e sostanzialmente unitaria, risolvendosi tutti in un giudizio di conformità dell’atto (normativo o convenzionale che sia) ai principi fondamentali⁸⁴.

Peraltro, la centralità e l’indispensabilità dei principi si apprezza ancor di più al cospetto della legalità «attenuata» che caratterizza le competenze delle *authorities* fondate su attribuzioni generiche⁸⁵ che fa sì che il riscontro giudiziale – a prescindere dal plesso giurisdizionale in cui abbia luogo – non possa essere di «stretta legalità»⁸⁶,

riferimento; ovvero dell’atto (negoziale) conformato rispetto alle prescrizioni dell’atto regolatorio; nonché quello relativo alle tecniche rimediali accessibili che non si presta a soluzioni univoche e generalizzanti ma va di volta in volta affrontato nell’ottica dell’individuazione del «giusto rimedio». Su tali questioni sia consentito il rinvio a M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 158 ss.; cui, *adde*, *ex multis*, V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, p. 65 ss.; M. MAUGERI, *Autorità indipendenti e contratto*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Scritti in onore di Antonino Cataudella*, II, Napoli, 2013, p. 1309 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell’energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, p. 29 ss.

⁸³ A questi si aggiunge il giudice comunitario, là dove si tratti di sindacare interventi diretti da parte delle «agenzie europee indipendenti», quali sono l’ESMA o l’EBA [G. MONTEDORO, *Poteri di intervento delle autorità europee e giustiziabilità*, in *La MiFID II*, cit., p. 401 s.]. Si registra la perdurante ritrosia (stigmatizzata dalla dottrina più avveduta: P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, lezioni svolte negli a.a. 2007 e 2008 raccolte e corredate da Marco Angelone, Oriana Clarizia e Marcello D’Ambrosio, Napoli, 2010, p. 230; ID., *Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto”*, in *Riv. dir. prin.*, 2010, p. 14 ss.; e, più di recente, M. ZARRO, *Poteri indipendenti*, cit., p. 135 ss.) ad ammettere un sindacato diretto di legittimità costituzionale sui regolamenti delle *authorities* nazionali da parte della Corte costituzionale.

⁸⁴ P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione», cit., p. 213; G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, p. 43. Per quanto segnatamente attiene al binomio liceità-meritevolezza, S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in *Fonti, metodo e interpretazione*, cit., p. 391 ss., ha avuto modo di chiarire che integrano controlli «gemelli» (p. 391) che implicano, quale tratto comune, un vaglio alla luce dei principi apicali dell’ordinamento (p. 400), senza però che ciò comporti alcuna identificazione o sovrapposizione: infatti, «mentre la liceità [...] individua un limite esterno, una barriera che all’autonomia privata è precluso valicare, la meritevolezza conn. (*sic!*) dall’interno il regolamento, conferendogli valutazione favorevole se in positivo attua una funzione compatibile con quel sistema» (p. 402).

⁸⁵ G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all’esperienza comunitaria*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D’Amico e B. Randazzo, Milano, 2011, p. 724 ss. Tant’è che è ancora oggi discussa l’ammissibilità in capo alle *authorities* di «poteri impliciti» (di regolazione). Sui termini e lo stato del dibattito dottrinario, B. SPAMPINATO, *Sull’evoluzione del principio di legalità amministrativa*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, a cura di Aa.Vv., Napoli, 2015, I, p. 251 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Corte cost., 3 dicembre 2015, n. 247, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2343 ss., con nota di P. COSTANZO, *Quale tutela del diritto d’autore in internet?*, in *Quad. cost.*, 2016, p. 92 ss., con nota di G.E. VIGEVANI, *Diritto d’autore e potestà regolamentare dell’AGCOM: dalla Corte costituzionale un’inammissibilità ricca di conseguenze*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, p. 345 ss., con nota di A. GIANNELLI, *La tutela amministrativa del diritto d’autore “on line”* (cfr., in particolare, il § 4.1. della motivazione in diritto); Cons. St., 20 marzo 2015, n. 1532, in *Foro amm.*, 2015, p. 760.

⁸⁶ È emblematico il principio di diritto fissato da Cons. St., 24 maggio 2016, n. 2182, in *Foro amm.*, 2016, p. 1206: «Il principio di legalità dell’azione amministrativa, di rilevanza costituzionale (artt. 1, 23, 97 e 113 cost.), impone che sia la legge a individuare, anche se indirettamente, lo scopo pubblico

ma vada essenzialmente condotto in termini di ragionevolezza, proporzionalità e sussidiarietà⁸⁷.

Nel dettaglio, ecco che la ragionevolezza⁸⁸ assicura la doverosa rispondenza delle previsioni limitative dell'autonomia negoziale alle finalità *lato sensu* «sociali» scolpite negli artt. 41 e 42 cost. e che possono in linea di massima ritenersi soddisfatte – come argomentato in altra occasione⁸⁹ – ogni qualvolta l'effetto conformativo innescato dall'attività di «*market regulation*» si dispieghi in funzione («correttiva» e) «protettiva», sia cioè preordinato al riequilibrio delle posizioni contrattuali e alla creazione – in chiave solidaristica⁹⁰ – di un assetto più equo fra gli attori economici⁹¹.

da perseguire e i presupposti essenziali, di ordine procedimentale e sostanziale, per l'esercizio in concreto dell'attività amministrativa. Tuttavia, quando venga in rilievo un potere regolatorio di un'autorità amministrativa indipendente, il primo profilo può avere carattere *meno intenso*, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace: difatti, la predeterminazione rigorosa dell'esercizio delle funzioni amministrative comporterebbe un pregiudizio alla finalità pubblica per la quale il potere è attribuito. La *dequotazione* del principio di legalità in senso sostanziale, giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti, impone il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale, il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari» (corsivi aggiunti). Sulla partecipazione degli *stakeholders* alla predisposizione delle proposte regolatorie anche a livello europeo (segnatamente nel segmento bancario), B. BERTARINI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: evoluzione ed affermazione dell'EBAs Banking Stakeholder Group*, in *Rass. dir. cin.*, 2017, p. 330 ss. Cfr., infine, nell'interessante (e sempre più attuale) cono di luce dei fenomeni di *lobbying*, D. DAVID, *Lobbying, gruppi di interesse e regolazione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 2017, p. 15 ss.

⁸⁷ R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. SCLAFANI, *La responsabilità civile delle autorità indipendenti nelle funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati: molti interrogativi e poche certezze*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, 1, p. 8 s. Del medesimo avviso D. SIMEOLI, *Il contratto "regolato"*, cit., p. 121, il quale osserva che «In particolare, il sindacato sulla regolazione, consentendo di rimediare agli effetti distorsivi dell'intervento regolatorio attraverso i dispositivi della sussidiarietà, della proporzionalità e della ragionevolezza, può essere analizzato anche come una forma di controllo giudiziale sull'atto di autonomia come "conformato" dal regolatore».

⁸⁸ In generale, sulla fisionomia del canone in parola, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

⁸⁹ M. ANGELONE, *Regolazione «indipendente»*, cit., p. 114 ss.

⁹⁰ E ordoliberal. Cfr. G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, p. 499 ss., il quale spiega che «quando si parla di economia sociale di mercato [...] si vuol sottolineare che non è solo il profitto, solo libero mercato, solo l'interesse economico sorreggere l'unione, e i suoi ideali, quanto piuttosto modello di economia che tiene conto dei valori sociali quindi della persona» (p. 502); nonché, L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, a cura di N. Irti, Padova, 1999, p. 171 ss.; P. BILANCIA, *The Social Market Economy Model between the Italian Constitution and the European Treaties*, in *The European Union and Social Market Economy*, a cura di J.M. Gil Robles, F. De Quadros e D. Velo, Bari, 2014, p. 127.

⁹¹ Un simile approccio interpretativo si coglie nettamente in TAR Lombardia, Milano, 14 marzo 2013, n. 683, in *Gior. dir. amm.*, 2014, 169 ss., con nota di M. IMPINNA, *I poteri di regolazione dell'Aeeg, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti*; in *Urb. app.*, 2013, 1220 ss., con nota di C. CARRERA, *Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*; e in Cons. St., 11 novembre 2008, n. 5622, in *Foro it.*, 2010, III, c. 121 ss.

Anche proporzionalità e sussidiarietà giocano, dal canto loro, un ruolo decisivo nel fronteggiare eventuali «derive» regolatorie.

Il principio di proporzionalità viene infatti in evidenza «come strumento di valutazione di congruità tra l'intervento che l'ordinamento attua nei confronti dell'autonomia privata e gli interessi che con quell'intervento si intende tutelare»⁹². In pratica, la proporzionalità misura l'intensità dei poteri conformativi esercitati che deve mostrarsi adeguata al raggiungimento degli obiettivi poc'anzi indicati con il minimo sacrificio degli interessi confliggenti⁹³: si preclude così alle autorità di concepire discipline e regole eteronome che sacrificino oltremodo la libertà negoziale degli interpreti del mercato, dovendosi, ove possibile, preferire alle forme più intrusive (cogenti e tipicamente imperative) quelle suppletive o comunque più «morbide»⁹⁴. Il parametro in questione rivela allora tutta la sua utilità negli ambiti nei quali, come anticipato, si registra una decisa «intraprendenza» del regolatore ma nei quali, al contempo, la trama normativa che detta l'azione autoritativa si contraddistingue proprio per la sua laconicità e indeterminatezza⁹⁵.

Un ulteriore criterio si ravvisa nel principio di sussidiarietà inteso nella sua proiezione «orizzontale» suggellata nell'ultimo comma dell'art. 118 cost.⁹⁶. In presenza di una architettura istituzionale che si sviluppa non più solo per linee verticali e nella quale la gerarchia cede sempre più il passo alla competenza, anche la produzione normativa delle autorità indipendenti (e la legittimità della stessa) va vagliata alla stregua della sussidiarietà orizzontale⁹⁷ (che allo stato pare poco invocata o quanto meno in modo paludato o non consapevole). La logica

⁹² F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ.* CNN diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 278.

⁹³ Ripercorre analiticamente le modalità applicative e i passaggi che scandiscono il *test* di proporzionalità, Cons. St., 28 settembre 2012, n. 5140, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, p. 2392, la quale ha – all'esito – reputato proporzionata una misura regolatoria adottata dall'Aeeg (leggasi, *hodie*, Aeegsi).

⁹⁴ G. NAPOLITANO, *Contratto e regolazione*, cit., p. 254 s.

⁹⁵ Non è un caso che l'art. 6, comma 2, t.u.f. – come modificato, in attuazione della «MiFID II» e «MiFIR», dal d.lg. n. 129 del 2017 – dispone espressamente che «La Banca d'Italia e la Consob possono mantenere o imporre nei regolamenti obblighi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dall'articolo 16, paragrafi 8, 9 e 10, della direttiva 2014/65/UE e dai relativi atti delegati, nonché dall'articolo 24 della direttiva medesima, solo nei casi eccezionali in cui tali obblighi sono obiettivamente giustificati e *proporzionati*, tenuto conto della necessità di fare fronte a rischi specifici per la protezione degli investitori o l'integrità del mercato che presentano particolare rilevanza nel contesto della struttura del mercato italiano» (corsivo aggiunto).

⁹⁶ Le interazioni tra sussidiarietà e autonomia negoziale sono state approfondite da P. PERLINGIERI, *Sussidiarietà e diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss., nel quale si svolgono anche alcune osservazioni sui lavori contenuti nel volume *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, cui pure si fa rinvio; da P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, a cura di P. Perlingieri e F. Casucci, Napoli, 2004, p. 143 ss.; e, in tempi più prossimi, da F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016.

⁹⁷ E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, spec. pp. 259 e 262.

che è alla base della c.d. «sussidiazione» impone, pertanto, di subordinare l'intervento regolatorio pubblico al previo accertamento (da rapportare sempre alle peculiarità del caso concreto) dell'incapacità del mercato di rimediare in modo endogeno ai propri fallimenti, contrastando i fattori strutturali di debolezza economica e/o normativa⁹⁸; viceversa, gli spazi lasciati all'autoregolamentazione privata non possono essere pregiudicati qualora questa sia da sola idonea a garantire la cura degli interessi meritevoli di protezione⁹⁹, in ossequio al teleologismo costituzionale¹⁰⁰.

7. Considerazioni critiche (e auspici) in merito alla qualità del processo e all'effettività dell'odierno sindacato giurisdizionale

Giunti a questo punto, non si possono risparmiare alcune considerazioni conclusive in merito alla qualità e all'effettività del controllo sul corretto esercizio dei poteri regolatori e sui risultati della conformazione. Controllo che sconta il *gap* della pluralità delle giurisdizioni¹⁰¹ e, conseguentemente, dell'esistenza di un giudice «dedicato», quello amministrativo¹⁰², chiamato a operare nell'alveo di un processo (di legittimità¹⁰³) ancora penalizzato da una logica impugnatoria/cadu-

⁹⁸ In sostanza, «prima di battere la strada dei poteri pubblici, occorre verificare la possibilità che le disfunzioni ed i fallimenti di mercato siano, ove possibili (*sic!*), semplicemente “corretti”, combinando gli elementi positivi della competizione economica con il perseguimento delle istanze sociali»: D. SIMEOLI, *Il contratto “regolato”*, cit., p. 122.

⁹⁹ G. CARAPEZZA FIGLIA, *I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 460 ss.; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 49.

¹⁰⁰ Il ragionamento postula ovviamente l'inclusione dell'autonomia negoziale tra le fonti di produzione del diritto che, all'interno dell'ordinamento, concorrono alla regolamentazione del caso concreto. Così F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., pp. 113 ss., 126 ss., ma spec. 130 ss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici; nonché N. LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, Napoli, 2016, p. 7.

¹⁰¹ Che, piaccia o no, a tutt'oggi incarna lo *ius positum*, quantunque per alcuni autori (S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 47 ss.) il dualismo tra giurisdizione ordinaria e amministrativa sia più proclamato che praticato e in via di progressivo ridimensionamento come, tra l'altro, ultimamente attestano alcune iniziative assunte «a Costituzione invariata» volte ad assecondare una maggiore cooperazione tra le Corti di vertice al fine di migliorare il funzionamento del sistema di giustizia (cfr. il *Memorandum* sul dialogo tra le giurisdizioni firmato il 15 maggio 2017, alla presenza del Capo dello Stato, dai Presidenti della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, e dai Procuratori generali presso la Corte di cassazione e la Corte dei conti).

¹⁰² Non a caso elevato a «giudice dell'economia», come diffusamente si legge in G. MONTE-DORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015.

¹⁰³ La giurisdizione del g.a. sugli atti delle autorità indipendenti è sì esclusiva (art. 133, comma 1, lett. l, c.p.a.), ma ciononostante resta una giurisdizione di legittimità e non di merito (l'estensione al merito opera – *ex art.* 134, lett. c, c.p.a. – soltanto riguardo ai provvedimenti che irrogano sanzioni pecuniarie).

catoria¹⁰⁴, che reca con sé una certa «ritrosia» a procedere a una verifica diretta dei fatti¹⁰⁵ posti a fondamento della soluzione regolatoria concretamente adottata¹⁰⁶ e che non assicura in modo convincente la pienezza del sindacato (la c.d. «*full jurisdiction*» predicata dall'art. 6 della Cedu¹⁰⁷), in nome di una presunta «riserva di amministrazione» sulle valutazioni tecniche complesse compiute dall'autorità¹⁰⁸.

Questi *deficit* che smorzano l'intensità del «*judicial review*», unitamente alle questioni messe in evidenza nella prima parte del presente lavoro (e, cioè, insieme alla crescente incidenza degli atti conformativi delle *authorities* sulle strutture

¹⁰⁴ Vanno pertanto salutate con favore le iniziative (come quella concretamente descritta da L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. pubbl. enr.*, 2015, p. 406 s.) dirette a sviluppare strumenti e tecniche che favoriscano una interazione tra giudice amministrativo e autorità indipendenti al fine di accrescere la consapevolezza del primo sull'impatto sia economico che sociale degli atti di regolazione oggetto di scrutinio.

¹⁰⁵ Per un interessante studio teso a indagare le cause delle resistenze del g.a. a penetrare nella realtà fattuale, sfruttando appieno i mezzi istruttori dei quali dispone (oggi sostanzialmente identici a quelli del g.o. ai sensi dell'art. 63, comma 5, c.p.a.), cfr. S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 1415 ss. e 1434 ss.

¹⁰⁶ Cosicché il giudice limita spesso – anche inconsciamente e malgrado i progressi e le «aperture» registratisi nella giurisprudenza (S. LUCATTINI, *o.u.c.*, pp. 1420, 1424 e 1426; R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. scuola sup. econ. fin.*, 2005, 6/7, p. 148) – il suo apprezzamento considerando soltanto «*quod est in actis*», come censura anche C. MARIANI, *Sindacato del giudice amministrativo e atti regolatori dell'AEESI*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 1, p. 309 s. A riprova della necessità per il g.a. di superare definitivamente questo atteggiamento «dimitativo» (cfr., in generale, la lezione di R. CARANTA, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2000, p. 1344) e troppo «*deferentia*» verso le autorità indipendenti (F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti «regolatrici»*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, pp. 471 e 473 s.), il citato art. 7 del d.lg. n. 3 del 2017 (cfr., *retro*, testo e nota 74) dispone espressamente che «Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima». Tuttavia, sul carattere «maldestro e confusivo» dell'intervento legislativo in questione che sembrerebbe confutare le conquiste pretorie (specie là dove sembra estromettere dal sindacato proprio le valutazioni tecnicamente complesse e gli apprezzamenti discrezionali non riconducibili all'applicazione di regole tratte dalle scienze esatte, le quali costituiscono l'in sé dell'attività decisoria delle autorità indipendenti), R. PERNA, *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, pp. 2 e 7 ss.

¹⁰⁷ Ne ricostruisce i lineamenti, F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546 ss.

¹⁰⁸ Come ribadiscono A. PRETO e B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso dell'Agcom*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, pp. 143 ss. e 152, l'inestricabile intreccio tra diritto e tecnica che connota le decisioni delle *authorities* costituisce il *punctum prurienti* del relativo sindacato giurisdizionale. Tale dato va però letto al netto della sempre più nutrita impostazione dottrinale che qualifica come «ingiusta posizione di potere» la riserva a favore dell'amministrazione delle valutazioni di ordine tecnico, dal momento che si pone in contrasto con il principio costituzionale della piena tutela giurisdizionale nei confronti della p.a. sancita dal combinato disposto degli artt. 24 e 113 cost. Così A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 1997, p. 1266; ma, sulla stessa lunghezza d'onda, si veda per tutti F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Milano, 1998, p. 115.

organizzative dell'impresa; alla acquisita dimensione europea del fenomeno conformativo che si traduce in una armonizzazione dei contenuti di alcuni dei contratti più importanti del tessuto socio-economico; nonché alla diffusività della conformazione alimentata anche da fonti di «*soft law*» e da azioni di «*moral suasion*»), delineano le problematiche sulle quali devono continuare a insistere gli studi e concentrarsi le forze riformatrici per perimetrare/responsabilizzare i poteri delle *authorities* che si appuntano sulla sfera negoziale degli operatori economici¹⁰⁹ e promuoverne *quam maxime* la piena giustiziabilità nel rispetto delle libertà e delle garanzie costituzional-europee.

Abstract

«Regulatory» private law, conformation of the negotiating autonomy and control over the heteronomous rules issued by independent authorities

by Marco Angelone

The «regulatory» private law issued by independent authorities is studded with heteronomous rules that pervasively affect all the expressions of the negotiating autonomy, coming more and more often to influence even the organizational structure of the enterprises. The phenomenon of conformation under consideration also finds a very strong impulse in the activity of the European Supervisory Authorities and, more generally, in the expansion of «soft law» and «moral suasion» actions carried out by (national and supranational) regulatory bodies. Hence the need to identify a barrier to the «independent» regulation of the markets, which calls the interpreter to derive from the entire legal system the parameters on which to base the control over the correct use of the regulatory powers and over the outcomes of the conformation involving the negotiation autonomy, while ensuring the right to a full and effective judicial review.

¹⁰⁹ Individuando «i binari entro cui l'autorità può (e deve) muoversi, al fine di contribuire al miglioramento dell'ordinamento settoriale, mediante l'adozione di atti amministrativi rispondenti non solo alla legge, ma al "diritto" (secondo una lettura sostanziale del principio di legalità)»: A. PRETO e B. CAROTTI, *o.c.*, p. 125.

La democratizzazione delle decisioni *science and technology based*. Riflessioni sul dibattito pubblico*

di Viviana Molaschi

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sull'oggetto dell'analisi. – 2. Evoluzione scientifica e tecnologica e crisi della democrazia. Implicazioni in materia di partecipazione. – 3. Partecipazione e attività tecnico-scientifica: alcuni esempi ascrivibili alla democrazia deliberativa. – 4. Le grandi opere: i conflitti di prossimità tra approccio DAD e istanze partecipative. – 5. Cenni sul *débat public* nella legislazione francese. – 6. Il dibattito pubblico nel Codice dei contratti pubblici: una prima ricostruzione di una riforma in divenire. – 7. Osservazioni conclusive: il “parallelismo essenziale” tra scienza e democrazia e la necessità di superare la “cittadella tecnocratica”.

1. *Considerazioni preliminari sull'oggetto dell'analisi*

Nel discorso inaugurale del proprio mandato, il 20 gennaio 2009, Obama sottolineò l'importanza di rimettere la scienza “al giusto posto”: «*We'll restore science to its rightful place*»¹. L'affermazione si riferiva, con accenti critici, all'atteggiamento in tema di etica e biomedicina della precedente amministrazione Bush, ma, come da più parti notato, ha offerto l'occasione per un dibattito più ampio sui rapporti tra scienza, tecnica e società nelle democrazie contemporanee². Tali questioni interrogano anche lo studioso di diritto pubblico, nella misura in cui sempre più spesso la scienza, come pure le tecnologie, sono l'oggetto di normative e politiche pubbliche.

Questo scritto, in particolare, si colloca nell'ambito delle analisi sull'impatto della “società del rischio”³ – espressione che mette a nudo i rischi e le incertezze

* Questo scritto trae spunto dalla relazione dal titolo “*Il ruolo della partecipazione nella 'società del rischio': riflessioni sugli strumenti partecipativi nei conflitti di prossimità*”, tenuta al Convegno Annuale Aipda (Bergamo, 5-6-7 ottobre 2017), “*Decisioni amministrative e processi deliberativi*”, panel: “*Decisioni amministrative e conoscenze scientifiche*”.

¹ *President Barack Obama's Inaugural Address*, <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2009/01/21/president-barack-obamas-inaugural-address> (ultimo accesso: 28 novembre 2017).

² Traggono spunto da questo discorso le riflessioni sui rapporti tra scienza e democrazia condotte da M. TALLACCHINI, *Dalla “scienza come democrazia” alle “società democratiche della conoscenza”*, in *notizie di POLITELA*, n. 126/2017, 6 ss. Sui rapporti tra scienza e democrazia v. altresì S. JASANOFF, *Science and Democracy*, in U. FELT, R. FOUCHÉ, C.A. MILLER, L. SMITH-DOERR, *The Handbook of Science and Technologies Studies*, 4th ed., Londra, 2017, 259 ss.

³ Fondamentali sono gli studi di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986, tr.it. *La società del rischio: verso una seconda modernità*, Roma, 2002. In materia v. altresì A. GIDDENS, *The consequences of modernity*, Stanford, 1990, tr. it. *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994.

generati dall'evoluzione scientifica e tecnologica – sul ruolo e sull'attività della pubblica amministrazione. Un'attenzione specifica verrà data agli strumenti partecipativi: a tali fenomeni si accompagna infatti, nel contesto di una concomitante crisi dei tradizionali istituti della democrazia rappresentativa (ed anche diretta), una richiesta di maggiore coinvolgimento da parte dei cittadini.

Ci si concentrerà, specificamente, sulle c.d. arene deliberative⁴, strumenti, ispirati ai principi della democrazia deliberativa, che sempre più spesso vengono utilizzati nel caso di decisioni pubbliche che riguardano questioni scientificamente e tecnicamente complesse, tipicamente nei settori della salute e della ricerca biomedica, delle biotecnologie e dell'ambiente⁵. D'altra parte, proprio l'ambiente, da ultimo citato, costituisce un ambito in cui si ravvisano le forme di partecipazione più avanzate, grazie, in particolare, alla Convenzione di Aarhus (1998)⁶, che ha consacrato la democrazia ambientale⁷ e che vede tra i propri "pilastri" proprio la partecipazione del pubblico ai processi decisionali, oltre all'accesso alle informazioni e alla giustizia, in tale materia. Si tratta quindi di un contesto atto ad accogliere le nuove frontiere della partecipazione che la democrazia deliberativa esprime⁸.

⁴ Si riprende qui l'espressione utilizzata da L. BOBBIO, *Le arene deliberative*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 3/2002, 5 ss. La letteratura in materia di arene deliberative è vastissima. Oltre al citato scritto di L. BOBBIO v., *ex multis*, R. LEWANSKI, *La Prossima Democrazia: dialogo-deliberazione-decisione* (2016), in <http://www.laprossimademocrazia.com>; R. BIFULCO, voce *Democrazia deliberativa*, in *Enc. Dir.-Annali IV*, Milano, 2011, 271 ss. e l'ampia bibliografia ivi citata. Una completa disamina del modello di democrazia in esame si rinviene altresì nella raccolta di scritti di G. BOSETTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, 2004 e in L. PELLIZZONI (a cura di), *La deliberazione pubblica*, Roma, 2005. Sia infine consentito rinviare a V. MOLASCHI, *Le arene deliberative*, in corso di pubblicazione.

⁵ Sui rapporti tra "società del rischio" e ambiente v. R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. FERRARA, C.E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. FERRARA, M.A. SANDULLI, vol. I, Milano, 2014, 19 ss.

⁶ Sulla Convenzione di Aarhus v., *ex multis*, E.J. LOHSE, M. POTO (a cura di), *Participatory Rights in Environmental Decision-Making Process and the Implementation of the Aarhus Convention: a Comparative Perspective*, Berlino, 2015, volume nell'ambito del quale sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *The Implementation of the Aarhus Convention in Italy: a Strong 'Vision' and a Weak 'Voice'*, 105 ss.; D. SICLARI, *La democrazia ambientale nel quadro dei diritti partecipativi e dell'accesso all'informazione ambientale*, in S. GRASSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. FERRARA, M.A. SANDULLI, cit., vol. II, 471 ss.; A. ANGELETTI (a cura di), *Partecipazione, Accesso e Giustizia nel Diritto Ambientale*, Napoli, 2011.

⁷ Sulla Convenzione di Aarhus come motore della democrazia ambientale v. M. PRIEUR, *La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale*, in *Revue juridique de l'environnement*, numéro special, 1999, 1 ss. e, tra gli altri, J. WATES, *The Aarhus Convention: A Driving Force for Environmental Democracy*, in *JEEPL*, 2005 (2), 2 ss. Sui rapporti tra ambiente e democrazia v. G. MANFREDI, S. NESPOR, *Ambiente e democrazia: un dibattito*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 293 ss.

⁸ Sul recepimento in Italia della Convenzione di Aarhus e sull'esigenza di ampliare gli strumenti partecipativi previsti in campo ambientale tramite il ricorso alle c.d. arene deliberative sia

Terreno di indagine privilegiato sarà quello delle grandi opere. Negli ultimi decenni la realizzazione di grandi infrastrutture, impianti industriali, ecc., ha suscitato l'opposizione di numerose comunità locali: si parla al riguardo delle c.d. sindromi NIMBY (*Not in My Back Yard*) e BANANA (*Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything*) o, utilizzando un'espressione cara alla dottrina francese, di conflitti di prossimità⁹. Una delle ragioni alla base di tale ostilità risiede nel cambiamento della percezione dell'innovazione scientifica e tecnologica, tipica della "società del rischio", che crea una situazione di crescente insicurezza tra le popolazioni. Ecco allora che la partecipazione pubblica ai procedimenti decisionali – come forma di controllo sociale sull'applicazione delle tecnologie, sul loro impatto ambientale e sociale, sui loro costi, ma non solo – diviene un tema chiave.

In questo scritto si affronterà quindi il ruolo della partecipazione come mezzo di prevenzione o amministrazione dei conflitti¹⁰, di inclusione di istanze sociali e di conseguente legittimazione delle decisioni: in sostanza, come strumento di democrazia¹¹ in processi decisionali *science and technology based*. In particolare, limitando l'indagine ai nuovi strumenti partecipativi improntati ai principi della democrazia deliberativa, si parlerà del *débat public* francese, istituto il cui inserimento nell'ordinamento italiano è stato anticipato a livello regionale – si pensi alla l. reg. Toscana 2 agosto 2013, n. 46, che ha sostituito la precedente l. reg. 27 dicembre 2007, n. 69 – ed è oggi previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici per le «grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio» (art. 22). Con uno sguardo rivolto soprattutto all'attualità, ci si focalizzerà sulla conformazione dello strumento che si sta delineando a livello nazionale, operando un confronto con il *débat public* francese.

consentito rinviare a V. MOLASCHI, *The Implementation of the Second Pillar of the Aarhus Convention in Italy: The Need for Reform and for Introduction of the So-Called "Deliberative Arenas"*, in B. VANHEUSDEN, L. SQUINTANI (a cura di), *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Cambridge, 2016, 143 ss.

⁹ Sul tema v., *ex multis*, G. SÉNÉCAL, *Conflits de proximité et coopération: Une géographie des acteurs et des interactions sociales*, in *Cahiers de géographie du Québec*, vol. 49, 2005; P. MELÉ, *Conflits de proximité et dynamiques urbaines*, Rennes, 2013.

¹⁰ In argomento v. A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1173 ss.; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010.

¹¹ Sulle funzioni della partecipazione v., *ex multis*, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 132 ss.; S. CASSESE, *La decisione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss., il quale ne mette in evidenza anche la funzione democratica, che consente alla società civile di esprimere la propria opinione nel processo di decisione collettivo.

2. *Evoluzione scientifica e tecnologica e crisi della democrazia. Implicazioni in materia di partecipazione.*

Nelle società contemporanee l'evoluzione scientifica e l'innovazione tecnologica procedono con un ritmo incalzante, spinte non solo dal proprio incedere intrinseco, dalla "forza delle cose", ma anche dalle stesse dinamiche economiche e politiche. Gli ambiti maggiormente interessati da tali sviluppi sono, a titolo di esempio, biotecnologie e nanotecnologie, cellule staminali, energia nucleare, organismi geneticamente modificati e pianificazione e realizzazione di nuove infrastrutture.

Questi sviluppi sono all'origine di questioni c.d. «transcientifiche», ossia di problematiche che «possono sì essere poste in termini scientifici, ma in effetti esulano dalle possibilità della scienza di fornirvi una risposta», anche per tutte le implicazioni e i quesiti di ordine sociale, etico, economico e politico, che esse pongono¹².

«*Science speaks truth to power*»¹³: così sono stati visti, tradizionalmente, i rapporti tra scienza e processi decisionali pubblici; la scienza, valida e neutrale, è fonte di verità per il potere. Scelte normative e di *policy* sono quindi state adottate (e giustificate) sulla base del richiamo a saperi *evidence-based*. I cittadini sono stati esclusi dai relativi processi decisionali sul presupposto del loro analfabetismo scientifico.

Senonché, oggi la fiducia nella scienza e nelle sue applicazioni è in parte venuta meno.

In primo luogo, il fenomeno si colloca nel contesto della c.d. "società del rischio", ove «rischio», «incertezza», «indefinito», «imprevisto» rappresentano «costanti sistemiche»¹⁴. Si parla, oramai, di «*post-normal science*», in cui «*typically facts are uncertain, values in dispute, stakes high, and decisions urgent*»¹⁵. In un quadro di questo tipo, in cui la scienza non fornisce un modello univoco di interpretazione della realtà, ma ipotesi e visioni alternative, non è concepibile un processo decisionale in cui «*true scientific facts simply determine the correct policy conclusion*»¹⁶.

In secondo luogo, si sono annacquati gli ideali di neutralità della scienza, cui spesso non sono estranee finalità economiche e politiche. Sono sempre più evidenti i rischi della tecnocrazia: «il monopolistico binomio di sapere e potere

¹² In questi termini R. LEWANSKI, *La Prossima Democrazia: dialogo-deliberazione-decisione* (2016), cit., 61; ID., *Governare l'ambiente. Attori e processi della politica ambientale: interessi in gioco, sfide, nuove strategie*, Bologna, 181.

¹³ V. A. WILDAFSKY, *Speaking Truth to Power*, Boston, 1979.

¹⁴ Così R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, cit., 29.

¹⁵ Così S. FUNTOWICZ, J.R. RAVETZ, *Science for the Post-Normal Age*, in *Futures*, 1993, 744.

¹⁶ Ancora S. FUNTOWICZ, J.R. RAVETZ, *Science for the Post-Normal Age*, cit., 744.

legittimato in nome di una scienza fittiziamente neutrale»¹⁷. Senza considerare, oltretutto, una crisi interna alle stesse istituzioni e pratiche scientifiche a causa del diffondersi di studi i cui risultati non sono riproducibili, perché i dati sono inaffidabili quando non falsi. Inoltre nella comunità scientifica sono sempre più frequenti i conflitti di interesse o addirittura le frodi¹⁸.

La crisi della scienza è elemento di crisi delle istituzioni: ad essa, infatti, si associa una crisi di *governance*, derivante dalla difficoltà di individuare processi decisionali in grado di dare soluzioni adeguate in un quadro dominato dalla complessità e dall'incertezza. Essa, inoltre, si inserisce nel contesto della crisi della democrazia o, più precisamente, delle tradizionali istituzioni democratiche, rispetto alle quali si ha una crescente sfiducia dei cittadini, dettata non solo dall'incapacità di queste di fornire risposte, ma dall'idea sempre più radicata e spesso fondata che, una volta terminate le elezioni – unico momento di partecipazione democratica –, la politica si riduca allo scambio di favori tra governi eletti e *lobby* di interessi¹⁹.

Si fa quindi strada un'esigenza di democratizzazione della scienza²⁰, il cui presupposto è il progressivo superamento del pregiudizio dell'analfabetismo scientifico come fattore che impedisce ai cittadini di affrontare questioni scientificamente e tecnicamente complesse. Si ritiene che questo sia invece possibile, purché essi siano informati e assistiti.

Le dimensioni in cui il percorso di democratizzazione si articola sono sostanzialmente due. Anzitutto, quest'ultima va intesa come democratizzazione del sapere e della ricerca scientifica, ossia come possibilità di co-produrre scienza, coinvolgendo anche i cittadini: è questa la cosiddetta *Citizen Science*, definita dal *Green paper on Citizen Science for Europe* (2013)²¹ come «*public engagement in scientific research activities when citizens actively contribute to science either with their intellectual effort or surrounding knowledge or with their tools and resources*».

Negli Stati Uniti questo nuovo modo di “fare scienza” ha ricevuto riconoscimento istituzionale ad opera dell'*Office of Science and Technology Policy*, che ha dato forte impulso al supporto da parte delle agenzie federali ai progetti scienti-

¹⁷ La felice espressione è di M. TALLACCHINI, *Dalla “scienza come democrazia” alle “società democratiche della conoscenza”*, cit., 12.

¹⁸ V. il famoso scritto di denuncia di J.P.A. IOANNIDIS, *Why Most Published Research Findings Are False*, in *PLoS Med*, 2005, 2(8), 124 ss.

¹⁹ Su questi aspetti v. C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003.

²⁰ Sulle istanze di democratizzazione della scienza e sui modi in cui questa può realizzarsi v. M. TALLACCHINI, *Dalla “scienza come democrazia” alle “società democratiche della conoscenza”*, cit., 6 ss.

²¹ Il *Green paper on Citizen Science for Europe: Towards a society of empowered citizens and enhanced research* (2013) è stato prodotto da SOCIENTIZE (<http://www.socientize.eu/?q=eu>), su delega della Commissione Europea: v. https://www.researchgate.net/publication/259230549_Green_Paper_on_Citizen_Science (ultimo accesso: 28 novembre 2017).

fici presentati dai cittadini²². La *Citizen Science* è inoltre oggetto di attenzione crescente dell'Unione Europea, in particolare della Commissione Europea, anche se in questa fase a livello più di impostazione teorica delle questioni in gioco e di raccomandazioni: oltre al già citato *Green Paper* (2013), si segnala anche il *White Paper on Science for Europe* (2014)²³. In queste riflessioni dedicate alla partecipazione può essere interessante osservare come in tali documenti si raccomandi una *governance* democratica della scienza attraverso il coinvolgimento del pubblico e il dibattito tra i vari soggetti coinvolti: *policy maker*, ricercatori, e il «*general public*», di cui si auspica anche un contributo nella definizione dell'agenda dei temi della ricerca. A questo scopo si invita anche a considerare la creazione di strutture organizzative *ad hoc*, dando vita a forme di partecipazione organica.

Democratizzazione della scienza, in una seconda accezione, significa dare la possibilità ai cittadini di accedere alle conoscenze tecnico-scientifiche che stanno alla base delle scelte pubbliche, di discuterne, prendendo parte all'individuazione di problematiche e soluzioni.

In un mondo in cui la scienza e la tecnologia non sono più in grado di fornire certezze ai fini delle decisioni che riguardano la società, quest'ultima chiede di conoscere e di essere ascoltata. Alla radice di tale istanza vi è soprattutto la mancanza di chiarezza sul rapporto costi-benefici che il progresso scientifico e tecnologico comporta e su come questi vengano distribuiti tra territori, gruppi o anche singoli individui. Quando, come si è visto, i fatti sono incerti, i valori e gli interessi in gioco alti e, spesso, le decisioni urgenti, con conseguenze «costose» anche in termini di salubrità dell'ambiente e salute, tutti coloro che sono interessati e magari «colpiti» aspirano a partecipare al processo decisionale.

Non è quindi un caso che i c.d. diritti di cittadinanza scientifica corrispondano ai «diritti» in cui trasparenza e partecipazione sono stati declinati: diritti di ricevere e chiedere informazioni, diritti di consultazione e partecipazione alle

²² L'*Office of Science and Technology Policy* è un ufficio della *White House* istituito nel 1976 dal Congresso per fornire al Presidente e al suo *Executive Office* pareri sugli aspetti scientifici e tecnologici degli affari e delle politiche interne e internazionali. Gli ambiti toccati da tale attività consultiva sono molto ampi: vanno dall'economia, alla sicurezza nazionale, alla salute, all'ambiente, ecc. L'ufficio sviluppa, coordina e implementa le *policies* a livello federale in materia di scienza e tecnologia, anche dal punto di vista del budget. V. le informazioni reperibili sul sito <https://www.usa.gov/federal-agencies/office-of-science-and-technology-policy> (ultimo accesso: 28 novembre 2017). In particolare, il Direttore dell'agenzia, John Holdren, in un ordine esecutivo del 2015 ha sollecitato le agenzie federali a predisporre strumenti di sostegno ai progetti scientifici presentati dai cittadini. Il relativo valore economico, nel 2015 e in riferimento al solo ambito della biodiversità, è stato stimato in 2.5 miliardi di dollari. Cfr., al riguardo, il memorandum «*Addressing Societal and Scientific Challenges through Citizen Science and Crowdsourcing*» (30 settembre 2015), in https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/holdren_citizen_science_memo_092915_0.pdf (ultimo accesso: 28 novembre 2017).

²³ Anche questo secondo documento è stato redatto da SOCIENTIZE: cfr. http://www.socientize.eu/sites/default/files/white-paper_0.pdf (ultimo accesso: 28 novembre 2017)

decisioni riguardanti questioni tecnico-scientifiche, in alcuni casi veri e propri diritti alla collaborazione – *engagement* – nella definizione delle questioni²⁴.

Il tema dell'integrazione tra scienza e società e della democratizzazione della prima intesa in questa accezione è anch'esso oggetto di considerazione da parte delle istituzioni europee. Il *White Paper on European Governance* (2001), avente la finalità di diminuire la distanza tra queste e i cittadini, si pone quale obiettivo anche quello di «rafforzare la fiducia del pubblico su come i responsabili politici si avvalgono dei pareri degli esperti»: a tale scopo il sistema di consultazione pluridisciplinare dell'Unione deve essere reso più trasparente, «per consentire all'opinione pubblica di valutarlo e di dibatterne».

3. *Partecipazione e attività tecnico-scientifica: alcuni esempi ascrivibili alla democrazia deliberativa.*

I casi in cui per affrontare le incertezze e i rischi che si accompagnano a innovazioni scientificamente e tecnologicamente complesse si ricorre a percorsi di partecipazione pubblica sono in numero crescente²⁵.

Sempre più spesso si ravvisa l'utilizzo di forme partecipative ascrivibili alla democrazia deliberativa – *town meetings, consensus conferences, débats publics*, ecc. – all'interno della cornice della democrazia partecipativa²⁶. Le c.d. arene deliberative sono rette, in particolare, da due principi: inclusione e deliberazione. Il primo è un corollario del carattere democratico della partecipazione, che dovrebbe caratterizzarsi per il coinvolgimento di tutti coloro che subiscono a vario titolo gli effetti di una decisione. Il secondo si riferisce non già alla decisione in sé, ma al percorso che porta ad essa. L'espressione inglese “*deliberation*” ha infatti un significato molto più articolato dell'italiano “deliberazione”: il deliberare viene qui inteso come un processo, precedente alla decisione, connotato dal confronto tra posizioni e argomentazioni; esso si svolge all'insegna dello scambio di informazioni e punti di vista – della discussione, appunto –, cosa che migliora i meccanismi decisionali ed orienta le scelte verso l'interesse comune.

²⁴ Sulla declinazione dei diritti di cittadinanza scientifica v. M. TALLACCHINI, *Dalla “scienza come democrazia” alle “società democratiche della conoscenza”*, cit., 9. In tema v., *ex multis*, M. LEACH, I. SCOONES, B. WYNNE, *Science and Citizens. Globalization and the Challenge of Engagement*, New York, 2005; P.J. FRANKENFELD, *Technological Citizenship: A Normative Framework for Risk Studies*, in *Science, Technology & Human Values*, 1992, 17, 459 ss.

²⁵ Per una rassegna v. G. PELLEGRINI, *Dieci anni di partecipazione e coinvolgimento del pubblico nelle innovazioni tecnoscientifiche*, in M. BUCCHI, B. SARACINO (a cura di), *Annuario Scienza Tecnologia e Società*, Bologna, 2014, 69 ss.

²⁶ In materia sono fondamentali gli studi di U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.-Annali IV*, Milano, 2011, 295 ss.; ID. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010.

Alla base dell'introduzione di tali dispositivi partecipativi nel dibattito tecnico-scientifico vi è la convinzione che il coinvolgimento del pubblico possa contribuire al superamento della crisi di legittimazione di cui soffrono le istituzioni scientifiche e politiche. Secondo i fautori della democrazia deliberativa l'autorevolezza degli scienziati e degli esperti, così come quella dei politici responsabili delle decisioni sui processi di innovazione, può trovare nuova linfa (anziché un limite) nel sottoporre tali processi al confronto discorsivo con la società²⁷, offrendo spazi e opportunità di inclusione a punti di vista anche non strettamente legati a saperi tecnici²⁸.

Per farsi un'idea di che cosa sono le arene deliberative e della loro applicazione quando emergono questioni scientificamente e tecnologicamente complesse giova formulare qualche esempio.

Negli Stati Uniti sono di estremo interesse le iniziative adottate dal 2003 dal *Loka Institute*, organizzazione che promuove la partecipazione pubblica su temi scientifici, per introdurre meccanismi di dialogo e consultazione come *consensus conferences* e *citizen panels* nell'ambito della ricerca sulle nanotecnologie²⁹. In conseguenza di tali attività nel 2003 il Congresso ha inserito nella prima legge federale che autorizzava e finanziava (per 3.7 miliardi di dollari) programmi di ricerca e sviluppo nel campo delle nanotecnologie previsioni relative all'adozione di procedure partecipative. Si richiedeva in particolare che «*ethical, legal, environmental, and other appropriate societal concerns ... are considered during the development of nanotechnology*». Ciò doveva avvenire «*providing, through the National Nanotechnology Coordination Office ... for public input and outreach to be integrated into the Program by the convening of regular and ongoing public discussions, through mechanisms such as citizens' panels, consensus conferences, and educational events, as appropriate*»³⁰.

Un ulteriore campo di utilizzo degli strumenti deliberativi è quello della ricerca biomedica³¹. Nel 2006, per esempio, nel Regno Unito la *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA) ha svolto alcune consultazioni pubbliche a seguito della richiesta avanzata da due gruppi di ricerca di autorizzazione ad una

²⁷ Sul carattere discorsivo della democrazia deliberativa v. J.S. DRYZEK, *Discursive Democracy*, Cambridge, 1990.

²⁸ Sulle sfide per la democrazia e la partecipazione poste dall'evoluzione tecnico-scientifica v., con particolare riferimento al diffondersi di strumenti deliberativi, G. PELLEGRINI, *Tecnoscienza e democrazia. Pratiche deliberative e partecipazione*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 2009, 713 ss.

²⁹ Su tale esperienza v. A. WORTHINGTON, *Transcending the Gap: Community Participation in US Nanotechnology R&D Policy*, Working Paper, Siviglia, 2005, in http://www.loka.org/documents/participation_in_nanotech_1k2.pdf (ultimo accesso: 28 novembre 2017).

³⁰ V. 15 U.S. Code, Chapter 101 – Nanotechnology Research and Development, § 7501 – National Nanotechnology Program.

³¹ Su come i cittadini possono intervenire nel dibattito etico concernente le questioni biomediche v. G. BONIOLO, *Il pulpito e la piazza. Democrazia, deliberazione e scienze della vita*, Milano, 2011.

sperimentazione volta ad ottenere cellule staminali da ibridi citoplasmatici³², i c.d. “cibridi”³³. Fermo restando che sono state parte del processo la revisione della letteratura scientifica e la consultazione di scienziati ed esperti, il coinvolgimento del pubblico «*on the ethical and social implications of creating human/animal embryos in research*» è avvenuto con diverse modalità: una fase di consultazione scritta, con quesiti specifici, ed una di *public dialogue*, attraverso un *deliberative work*, un’*opinion poll* o sondaggio deliberativo e un incontro pubblico. A seguito di tale processo la HFEA ha deciso di autorizzare le sperimentazioni, malgrado le notevoli perplessità espresse dai cittadini. Queste però sono state accolte in specifiche linee guida da osservarsi durante le sperimentazioni stesse.

Un campo in cui tipicamente si ravvisa l’utilizzo di strumenti deliberativi è quello ambientale. Quali esempi si segnalano i *World Wide Views*, percorsi deliberativi a livello globale, sui temi del riscaldamento globale (2009), dei cambiamenti climatici e delle politiche energetiche (2015) e della biodiversità (2012).

Gli istituti deliberativi – in particolare le *consensus conferences* – trovano applicazione in materia di organismi geneticamente modificati, terreno di elezione del principio di precauzione³⁴. Proprio in questo settore si ha uno dei primi esempi di utilizzo di tale dispositivo in Italia, nello specifico in Lombardia, ove due *panels* di cittadini hanno discusso di sperimentazione in campo aperto degli OGM, stilando delle raccomandazioni da sottoporre al governo regionale³⁵. Trattandosi di una procedura sperimentale, i risultati non hanno avuto particolare incidenza sulla posizione della regione Lombardia in materia di ricerca. La sperimentazione, comunque, ha diffuso una maggiore consapevolezza su tali tematiche. Inoltre la Presidenza della regione si è fatta promotrice di seminari e ricerche in materia, richiamandosi espressamente all’art. 10, comma 3, dello Statuto regionale, secondo cui «la regione predispone procedure e strumenti idonei ad adattare i suoi procedimenti all’esercizio responsabile del suo potere decisionale in materia di innovazione tecnico-scientifica». Si è inoltre rilevato come tale esperienza abbia contribuito alla formulazione dell’art. 8 dello Statuto, secondo cui la regione «promuove processi partecipativi valorizzando le iniziative autonome, quelle dei soggetti sociali organizzati e quelle delle competenze diffuse nella comunità regionale»³⁶.

³² In particolare questi sarebbero stati creati utilizzando l’*Interspecies Somatic Cell Nuclear Transfer*, che consente di trasferire il nucleo di una cellula somatica in un’altra, di specie diverse (nel caso in questione si trattava di trasferire il nucleo di una cellula umana in una cellula animale).

³³ Per un resoconto dell’iniziativa con i relativi documenti v. il sito <http://www.sciencewise-erc.org.uk/cms/hybrids-and-chimeras/> (ultimo accesso: 28 novembre 2017).

³⁴ Sul principio di precauzione v., *ex multis*, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2004; G. MANFREDI, *Note sull’attuazione del principio di precauzione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1075 ss.

³⁵ Su tale esperienza e sui relativi risultati v. il *Policy Paper* della regione Lombardia “*Democrazia Partecipativa e Legislazione Regionale*”, curato da Eùpolis Lombardia, 2014, in partic. 35-36.

³⁶ Sull’influenza dell’esperienza delle *consensus conferences* sulle previsioni dello statuto della

Sempre per ciò che riguarda l'Italia, la possibilità di ricorrere ad arene deliberative quali quelle menzionate ha trovato una codificazione stabile nella regione Toscana, dapprima con la l. n. 69/2007, essa stessa frutto di un *Town Meeting* del 21° secolo, configurando così un caso di “meta-partecipazione”³⁷, e poi con la successiva l. n. 46/2013, che ha sostituito la precedente. Tale legislazione, oltre a prevedere il dibattito pubblico regionale, disciplina il sostegno della regione a progetti partecipativi locali diversi da quest'ultimo (artt. 13 e ss.)³⁸. Da ultimo, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha introdotto il dibattito pubblico a livello nazionale.

4. *Le grandi opere: i conflitti di prossimità tra approccio DAD e istanze partecipative.*

Uno degli ambiti in cui si è manifestata con maggiore forza l'esigenza di partecipazione e coinvolgimento dei cittadini è quello, cui si è già accennato, delle grandi opere infrastrutturali: grandi opere ingegneristiche, emblema del progresso scientifico e tecnologico; si pensi a cosa rappresentarono per l'epoca la creazione del canale di Suez e il traforo del Moncenisio (in realtà del Frejus)³⁹, celebrati nel famoso ballo *Excelsior*.

Si tratta di un settore al crocevia di numerosi interessi, talora confliggenti: da un lato, esse muovono grandi interessi economici e rappresentano un motore di sviluppo per l'economia, anche dal punto di vista delle prospettive occupazionali; dall'altro, hanno un pesante impatto sul territorio che le ospita, sull'ambiente, talora sulla stessa salute dei cittadini e quindi sono o comunque vengono percepite come “rischiose”, soprattutto dalle popolazioni locali, che sono quelle su cui tali conseguenze maggiormente gravano. La crisi delle certezze scientifiche e tecniche e della *governance* sopra accennate si saldano con quella ecologica⁴⁰.

Nelle decisioni relative alle grandi opere si verifica un fenomeno tipico

regione Lombardia in materia di partecipazione v. G. PELLEGRINI, *Dieci anni di partecipazione e coinvolgimento del pubblico nelle innovazioni tecnoscientifiche*, cit., 73.

³⁷ Per tale osservazione v. R. LEWANSKI, *Institutionalizing Deliberative Democracy: the 'Tuscany laboratory'*, in *Journal of Public Deliberation*, 2013, 1, art. 10, in part. 3.

³⁸ Sono previsti diversi tipi di intervento: sostegno finanziario, supporto metodologico e patrocinio o supporto logistico e organizzativo, con particolare riferimento alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (art. 18 *bis*).

³⁹ Il traforo era stato indicato con questo nome in quanto sostituiva la via attraverso il colle del Moncenisio, ma passava e passa tutt'oggi sotto il monte del Frejus: di qui l'attuale denominazione di traforo del Frejus.

⁴⁰ V. D. UNGARO, *Eco-Governance. I costi della non partecipazione*, in R. SEGATORI (a cura di), *Mutamenti della politica nell'Italia contemporanea. II. Governance, democrazia deliberativa e partecipazione politica*, Soveria Mannelli, 2007, 176, il quale individua le tre crisi che caratterizzano la contemporanea società globalizzata nella crisi ecologica, in quella delle certezze tecnico-scientifiche e nella crisi di *governance*.

delle questioni ambientali: il passaggio dal *modello della torta*, in cui la decisione ha lo scopo di distribuire vantaggi e benefici, al *modello dei debiti*, in cui a venire in considerazione sono le conseguenze svantaggiose, quando non dannose⁴¹. Vi è cioè un problema di distribuzione delle esternalità negative. Queste toccano soprattutto le comunità locali: le opere, che rispondono a finalità di interesse collettivo e sono viste come necessarie e positive a livello nazionale o regionale, presentano le maggiori ricadute negative nei territori ove sono localizzate, che si trovano a pagarne i relativi costi in termini ambientali e sociali.

Di qui lo svilupparsi dei già menzionati conflitti di prossimità e delle note sindromi NIMBY e BANANA⁴².

Nel campo delle grandi opere infrastrutturali l'opposizione delle popolazioni locali e i conseguenti conflitti – basti pensare alla linea ferroviaria TAV – sono spesso il frutto del c.d. metodo DAD (*Decide, Announce, Defend*), che ne contraddistingue i relativi processi decisionali, in cui ai cittadini non vengono date né adeguate informazioni né la possibilità di partecipare in maniera incisiva⁴³.

Tale *modus decidendi* esaspera le contrapposizioni in quanto ingenera nei cittadini il timore, quando non la vera e propria convinzione, che le decisioni sui progetti da realizzarsi, prese sostanzialmente a loro insaputa o comunque comunicate loro tardivamente, “a cose già fatte”, comportino vantaggi solo per gruppi di potere o coagulati attorno ad interessi economici. A livello delle popolazioni locali i progetti vengono visti come sprechi di risorse, che potrebbero essere utilizzate diversamente, e forieri di rischi, danni.

Ne consegue che, non appena annunciata, l'opera suscita subito forti contestazioni e sorge l'esigenza da parte dei promotori di sostenerne le ragioni. Tale difesa viene oltretutto condotta con argomentazioni di tipo tecnico-scientifico che non sempre sono univoche e sulle quali non è semplice raggiungere un consenso unanime. È infatti difficile prevedere quale sarà l'impatto a lungo termine sul territorio di opere come quelle in esame.

Vi è poi un ulteriore effetto perverso: questa modalità di intervento pubblico fa sì che nel momento in cui le opere, decise e annunciate, divengono oggetto di critica e opposizione sia spesso ormai tardi per rivalutare le scelte effettuate: talvolta è impossibile, talvolta lo è a costi assai elevati.

In Italia l'approccio DAD ha a lungo connotato, pur con alcune peculiarità,

⁴¹ Su tale evoluzione v. D. UNGARO, *Eco-Governance. I costi della non partecipazione*, cit., 176 ss.

⁴² Qualche volta vengono utilizzate altre espressioni come LULU (*Locally Unwanted Land Uses*), NOOS (*Not On Our Street*) e, generalizzando ulteriormente, NIABY (*Not In Anyone's Backyard*) o NOTPE (*Not On The Planet Earth*). Inoltre gli amministratori che sostengono questo tipo di proteste sono talora accusati di NIMEY (*Not in My Electoral Yard*) e NIMTOO (*Not in My Term Of Office*).

⁴³ Sulle criticità del metodo DAD v. ancora D. UNGARO, *Eco-Governance. I costi della non partecipazione*, cit., 178 ss.

la disciplina nazionale in materia di grandi opere inaugurata dalla l. 21 dicembre 2001, n. 443, c.d. Legge obiettivo, che aveva delegato il Governo a semplificare le procedure riferite ad infrastrutture e insediamenti produttivi strategici nazionali, ivi compresa la valutazione di impatto ambientale. Come è noto, il Governo ha successivamente emanato il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, poi incorporato nel precedente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che, proprio con riferimento ad opere così rilevanti, causa di accese, talora violente, conflittualità, ha previsto garanzie partecipative dimidiate, inferiori a quelle della valutazione di impatto ambientale ordinaria⁴⁴. Le osservazioni del pubblico di cui il Ministro dell'ambiente doveva tener conto ai fini delle proprie valutazioni, da trasmettersi ai fini del giudizio di compatibilità ambientale adottato dal CIPE contestualmente all'approvazione del progetto preliminare, dovevano essere depositate entro soli 30 giorni dalla data di presentazione della documentazione da parte del soggetto aggiudicatore o dell'autorità proponente (art. 183, 4° comma), termine dimezzato rispetto a quello della Via ordinaria. Diversamente da quest'ultima, inoltre, non era prevista l'inchiesta pubblica.

Le illustrate sindromi NIMBY e BANANA, e i conflitti di prossimità si sarebbero potuti e si potrebbero quantomeno limitare o mitigare se nella localizzazione degli impianti venisse data ai soggetti interessati la possibilità di discutere e intervenire nelle decisioni riguardanti il “dove” e il “come”⁴⁵.

5. *Cenni sul débat public nella legislazione francese.*

Alle evidenziate esigenze di partecipazione in Francia si è cercato di fornire risposta con l'introduzione del c.d. *débat public*⁴⁶, cui può essere sottoposta, a determinate condizioni, la progettazione delle grandi opere, da parte della legge n. 95-101 del 2 febbraio 1995, *relative au renforcement de la protection de l'environne-*

⁴⁴ Per un'analisi delle forme di partecipazione nelle procedure di valutazione di impatto ambientale sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *The Implementation of the Second Pillar of the Aarhus Convention in Italy: The Need for Reform and for Introduction of the So-Called “Deliberative Arenas”*, cit., 143 ss.

⁴⁵ In argomento v. L. BOBBIO, A. ZEPPETELLA, *Perché proprio qui? Grandi opere e opposizioni locali*, Milano, 1999. V. altresì L. BOBBIO, *Discutibile e indiscussa. L'Alta Velocità alla prova della democrazia*, Bologna, 2006.

⁴⁶ Sul *débat public* francese v. C. BOVA, *Gli istituti del débat public e dell'enquête public nell'ordinamento giuridico francese*, in G.C. DE MARTIN, D. BOLOGNINO (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova, 2010, 213 ss.; M. REVEL, L. BLONDIAUX, C. BLATRIX, J.M. FOURNIAU, R. LEFEBRE (a cura di), *Le Débat Public: une expérience française de démocratie participative*, Parigi, 2007; A. MANSILLON, *L'esperienza del Débat Public in Francia: fondamenti legali e pratica*, in *Democrazia e Diritto*, 3/2006, 101 ss. Sugli sviluppi più recenti v. D. ANSELMI, *Il Dibattito pubblico: profili giuridici*, in *Astrid Rassegna* – n. 21/2016; F. KARRER, A. SCOGNAMIGLIO, *Débat public all'italiana, ovvero come mutuare nozioni senza innovare comportamenti*, in *ApertaContrada*, <http://www.apertacontrada.it>, 7 aprile 2016, in partic. 7 ss.

ment, nota come *Loi Barnier*. All'origine della normativa vi fu la forte opposizione popolare alla costruzione della linea di alta velocità tra Lione e Marsiglia nei primi anni Novanta.

La disciplina, più volte riformata, è oggi contenuta nel *Code de l'environnement*, artt. L 121 ss.

Ai fini della gestione del *débat public* la legge ha costituito una commissione ad hoc, la *Commission nationale du débat public* (CNDP), che, a seguito del recepimento della Convenzione di Aarhus, con legge n. 2002-276, del 27 febbraio 2002, *relative à la démocratie de proximité*⁴⁷, è divenuta un'autorità amministrativa indipendente. Al fine di garantirne la neutralità la legge ne stabilisce una composizione ad ampio spettro, che, oltre a figure istituzionali, comprende anche, per quanto qui interessa, rappresentanti delle organizzazioni dei consumatori e degli utenti, nonché delle associazioni per la tutela dell'ambiente.

Incidentalmente giova ricordare che la spinta partecipativa impressa dalla Convenzione di Aarhus in Francia ha portato alla costituzionalizzazione del principio di partecipazione in materia ambientale. Con la legge costituzionale n. 2005-205 del 1° marzo 2005 la *Charte de l'environnement* del 2004, che reca un articolo ad essa dedicato, è diventata parte della Costituzione francese⁴⁸, che la richiama nel Preambolo, analogamente – si noti – alla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789.

La procedura del *débat public*, cui possono essere sottoposte, a seguito del vaglio della CNDP, determinate categorie di opere sulla base del valore e di altre caratteristiche dimensionali, secondo criteri individuati con decreto dal *Conseil d'Etat*, è generalmente affidata a una *commission particulière*.

Il procedimento dà molta importanza alla fase dell'informazione al pubblico, che ne è il "motore", l'elemento centrale⁴⁹. Il *maître d'ouvrage*, che è il soggetto che promuove l'opera, ha 6 mesi di tempo per predisporre un dossier, che spiega la storia, il contesto, l'opportunità, le ragioni e le caratteristiche del progetto, unitamente ai costi previsionali e alle eventuali varianti. Ne vengono indicati le implicazioni socio-economiche e l'impatto sull'ambiente e sulla gestione del territorio. A corredo vi sono allegati tecnici e una breve sintesi che ne riassume i punti principali. Il dossier viene valutato dalla CNDP, che può chiedere anche delle integrazioni e, se lo reputa adeguato e sufficientemente completo, ne autorizza la diffusione. Il *débat public* non può iniziare fino a quando la *Commission* non dà il suo *placet*.

⁴⁷ V. P. LE LOUARN, *Démocratie de proximité et protection de l'environnement: la participation du citoyen local. Loi n. 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 2002, 1121 ss.

⁴⁸ In tema v. A. CAPITANI, *La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 3/2005 (n° 63), 493 ss.

⁴⁹ Così C. BOVA, *Gli istituti del débat public e dell'enquête public nell'ordinamento giuridico francese*, cit., 225.

I contributi degli attori interessati all'opera possono essere raccolti in *Cahiers d'acteurs*, che, come il progetto iniziale e i principali documenti del dibattito pubblico, vengono divulgati presso le popolazioni interessate.

Il dibattito vero e proprio dura 4 mesi ed è aperto alla partecipazione di tutta la popolazione. Nel corso di tali mesi si svolgono riunioni pubbliche, che possono anche assumere la forma di tavole rotonde tematiche. In esse vi è scambio di informazioni, possibilità di porre questioni ed esprimere punti di vista: sono un luogo di confronto tra il *maître d'ouvrage* e i cittadini.

Al termine della consultazione il Presidente della CNDP redige un bilancio del *débat*, che esprime le varie posizioni emerse. Tale resoconto, che viene pubblicato, è sottoposto all'ente responsabile del progetto, che entro 3 mesi deve comunicare alla *Commission* le proprie intenzioni in merito, ossia se realizzare il progetto senza variazioni, modificarlo in base agli esiti del dibattito o ritirarlo.

In Francia il ricordo al *débat public* è possibile anche per piani e programmi aventi ricadute ambientali e per progetti di riforma delle politiche pubbliche che hanno impatto sull'ambiente e sulla gestione del territorio.

6. *Il dibattito pubblico nel Codice dei contratti pubblici: una prima ricostruzione di una riforma in divenire*

L'art. 22 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50⁵⁰, rubricato «Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico», introduce per la prima volta in Italia, a livello nazionale, il dibattito pubblico per le «grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio»⁵¹. Tale scelta legislativa si propone, coinvolgendo i cittadini nelle scelte infrastrutturali più rilevanti, di raggiungere una maggiore accettazione delle opere da parte delle comunità su cui queste impattano, di disinnescare il contenzioso che le ha caratterizzate fino ad oggi e di ridurre conseguentemente i costi e, soprattutto, i tempi di realizzazione.

Il legislatore italiano si è ispirato al modello francese, pur con alcune differenziazioni, motivo di non poche criticità, che verranno evidenziate nell'analisi.

Non si possono non manifestare, fin da subito, alcune perplessità circa la “sede” in cui il dibattito pubblico è collocato o, a ben vedere, “confinato”: il

⁵⁰ L'articolo è stato modificato dal correttivo al Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

⁵¹ Su tale istituto v. M. IMMORDINO, *Commento dell'art. 22*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, vol. I, Torino, 2017, 192 ss.; A. AVERARDI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 436 ss.; D. ANSELMINI, *Il Dibattito pubblico: profili giuridici*, cit.; F. KARRER, A. SCOGNAMIGLIO, *Débat public all'italiana, ovvero come mutuare nozioni senza innovare comportamenti*, cit.

Codice dei contratti pubblici. Sarebbe stato più opportuno inserirlo nel Codice dell'ambiente, cosa che avrebbe dimostrato una maggiore attenzione ai valori della tutela ambientale, cui il diffondersi di forme partecipative è finalizzato, secondo la filosofia della Convenzione di Aarhus. Anche se in questo scritto il tema non verrà trattato, ciò avrebbe inoltre forse consentito un miglior coordinamento con gli istituti di partecipazione contemplati dalla procedura di Via.

L'art. 22 del Codice dei contratti pubblici ha rinviato la precisa definizione dello strumento ad un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. L'articolo in esame, peraltro, è estremamente laconico in relazione a non pochi profili: al d.p.c.m. è stata quindi data una delega quasi "in bianco", priva di "paletti" in merito a opere che vi sono sottoposte, soggetti che partecipano, procedura da seguire, ecc.

Tale d.p.c.m., da adottarsi entro un anno dall'entrata in vigore del Codice, non è però stato ancora emanato. Le osservazioni che seguiranno riguardano pertanto soprattutto quanto previsto nel d.lgs. n. 50/2016. Nell'analisi si farà anche riferimento al parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo che è diventato il giudice dei contratti pubblici⁵², che ha toccato alcuni aspetti dell'istituto. Per avere un'idea degli scenari futuri non mancherà qualche cenno su quanto emerso in sede di confronto sulle proposte di d.p.c.m.⁵³, pur nella consapevolezza della provvisorietà di qualsiasi osservazione nell'attesa del testo definitivo.

Come si è avuto modo di anticipare, il dibattito pubblico riguarda, in termini generali, «grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio» (art. 22, 1° comma). Al sopraccitato d.p.c.m. è rimessa, più nel dettaglio, la fissazione dei criteri per l'individuazione delle opere, distinte per tipologia e soglie dimensionali, per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura, nonché la determinazione delle modalità di svolgimento e del termine di conclusione (art. 22, 2° comma). I primi commenti "a caldo" sulla proposta in discussione rendono noto che il d.p.c.m. si occuperà anche delle ipotesi di dibattito pubblico facoltativo, colmando la lacuna dell'art. 22 del d.lgs. 50/2016, che non ne fa cenno.

Il Codice dei contratti pubblici si limita a precisare che sia «l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore proponente» a indire e curare lo svolgimento del procedimento, «esclusivamente sulla base delle modalità individuate dal decreto» (art. 22, 3° comma).

⁵² V. il parere 1° aprile 2016, n. 855.

⁵³ Lo schema del decreto è stato presentato ad un workshop, organizzato da Sipotra (Società italiana di politica dei trasporti), tenutosi a Roma il 19 settembre 2017: per un primo commento v. D. ANSELMINI, *Lo stato di attuazione del dibattito pubblico in Italia dopo il correttivo al codice degli appalti: riflessioni sullo schema del D.P.C.M. recentemente proposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*, in *Astrid Rassegna* – n. 14/2017.

Appare da subito evidente una prima importante differenza rispetto al modello francese. Il d.lgs. 50/2016 prevede sì una Commissione operante a livello nazionale, insediata presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (art. 22, 2° comma), ma questa sembra avere compiti minori rispetto a quelli della *Commission nationale du débat public*, in quanto non si occupa direttamente di porre in essere i dibattiti pubblici. Tra le sue funzioni, ai sensi del Codice, vi è la raccolta di informazioni e pubblicazioni su quelli in corso o conclusi; il monitoraggio del corretto svolgimento delle procedure; la proposta di raccomandazioni per la conduzione del dibattito sulla base dell'esperienza maturata.

La Commissione italiana, inoltre, non ha le caratteristiche di indipendenza ravvisabili in quella francese: nulla è detto nel d.lgs. n. 50/2016 in merito alla sua composizione e nella proposta in discussione sembra che essa sia espressione unicamente di designazioni ministeriali, della Conferenza delle regioni, di Upi ed Anci. Non paiono esservi, allo stato, rappresentanti di enti esponenziali, per quanto qui rileva, di consumatori e utenti, né, tanto meno, di organizzazioni operanti nel settore della tutela dell'ambiente.

A coordinare il dibattito pubblico sarà, sempre secondo la proposta di d.p.c.m., la figura del responsabile del dibattito pubblico, individuato dall'amministrazione o ente aggiudicatore attraverso procedure di evidenza pubblica cui potranno partecipare solo i soggetti iscritti ad un elenco elaborato, attraverso una selezione pubblica, dalla Commissione. Questi svolgerà la propria funzione sentito un ulteriore organismo, il Comitato di monitoraggio, formato dai rappresentanti delle amministrazioni territoriali interessate dall'intervento.

Per quanto concerne il "chi" partecipa, il Codice dei contratti pubblici menziona i «portatori di interesse». L'originaria versione dell'art. 22, sottoposta al parere del Consiglio di Stato, tra questi inseriva anche i «comitati di cittadini» che avessero segnalato il proprio interesse. Il Consiglio di Stato aveva osservato come la disposizione si ponesse «in una prospettiva di superamento dei principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in materia, secondo cui la rappresentatività ed effettività degli organismi esponenziali di interessi collettivi va apprezzata *ex ante*, in base agli obiettivi statutariamente previsti ed all'effettivo svolgimento delle attività di cura di tali interessi». Si evidenziavano rischi di «polverizzazione del dibattito». La previsione in esame è stata espunta dall'ultima formulazione dell'art. 22. Nel d.p.c.m. in discussione tra le funzioni del dibattito sono indicate la raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini e associazioni (oltre che di istituzioni): pare quindi vi sia una estensione della legittimazione soggettiva alla partecipazione.

In merito al "quando", il dibattito pubblico si apre nella fase di elaborazione del progetto di fattibilità, da pubblicarsi sul sito delle amministrazioni e degli enti aggiudicatori (art. 22, 1° comma). Ai sensi dell'art. 23, 6° comma, del

d.lgs. 50/2016, tale progetto deve essere redatto in maniera tale da consentire, già in sede di approvazione del progetto medesimo, salvo circostanze imprevedibili, l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie. Si comprende quindi perché si sia scelto di rendere oggetto del dibattito pubblico questo primo livello di pianificazione, che corrisponde a un momento in cui sono ancora possibili più alternative progettuali e il progetto è suscettibile di modifiche. Pare che, secondo l'emanando d.p.c.m., il dibattito facoltativo potrà essere iniziato anche in fasi successive, benchè non oltre l'avvio della progettazione definitiva.

Il dibattito durerà al massimo 4 mesi, prorogabili di ulteriori 2 nel caso di comprovata necessità.

Sempre alla stregua del d.p.c.m., il dibattito dovrebbe concludersi con una relazione redatta dal responsabile, che confluirà a sua volta nel dossier conclusivo dell'amministrazione o ente aggiudicatore, ove se ne evidenzierà l'impatto sul processo decisionale. In quest'ultimo, infatti, sarà esplicitata la volontà o meno di realizzare l'intervento, le eventuali modifiche apportate al progetto, le ragioni che hanno condotto a non accogliere talune proposte. Il Codice dei contratti pubblici stabilisce che «gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico» (art. 22, 4° comma). Si prevede inoltre che gli «esiti della consultazione, comprensivi degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interessi» siano pubblicati sul sito dell'amministrazione o degli enti aggiudicatori, nel proprio profilo del committente (art. 22, 1° comma). La formulazione attuale della proposta di d.p.c.m. non sembra disporre alcunché in merito a tali misure di pubblicità.

7. Osservazioni conclusive: il "parallelismo essenziale" tra scienza e democrazia e la necessità di superare la "cittadella tecnocratica".

Nel commentare il discorso con cui Obama, all'inizio del suo mandato, ha manifestato l'esigenza di dare alla scienza *«its rightful place»*, gli studiosi hanno osservato come le condotte e le pratiche valide nella scienza e nella democrazia si fondino sui medesimi valori: *«the very virtues that make democracy work are also those that make science work»*. Si tratta, tra gli altri, di trasparenza e disponibilità ad ascoltare le opinioni dissenzienti, di scetticismo verso le impostazioni dominanti, di fedeltà alla ragione e all'argomentazione⁵⁴.

⁵⁴ V. S. JASANOFF, *The Essential Parallel Between Science and Democracy*, in *Seed Magazine*, 17 febbraio 2009, http://seedmagazine.com/content/article/the_essential_parallel_between_

Questo “parallelismo essenziale”⁵⁵ rende ormai fuori tempo e fuori luogo la netta separazione tra scienziati ed esperti, da un lato e comuni cittadini, non esperti, dall’altro e, soprattutto, l’esclusione di questi ultimi dai processi decisionali che involgono questioni tecnico-scientifiche. Se la scienza, la scienza incerta⁵⁶, deve rispondere ai succitati valori, allora anche le procedure di decisione che la riguardano e la sottendono devono rispecchiarli.

La configurazione del dibattito pubblico che si va delineando, pur da salutare con favore in quanto costituisce un significativo passo avanti nell’affermazione del principio di partecipazione nel nostro ordinamento, non sembra andare, se non in parte, in questa direzione.

Per quanto concerne l’oggetto della procedura, non si può non evidenziare come questa riguardi solo le opere e non si sia seguito l’esempio francese, che ne ha esteso l’applicabilità anche a piani e programmi oltre che, ancor prima, alle politiche che possono avere incidenza sull’ambiente e sulla gestione del territorio. Il ricorso al dibattito pubblico si colloca quindi non già “a monte” del processo di decisione, ove si pianificano le future sorti di un territorio, ma al termine della filiera decisionale, anche se non si può non apprezzare il fatto che esso riguardi il progetto di fattibilità.

Un aspetto fonte di non poche criticità è rappresentato dal fatto che il compito di presiedere alle procedure di dibattito pubblico non sia affidato a una autorità indipendente come la *Commission Nationale du Débat Public*⁵⁷. La procedura alternativa che sta emergendo, in cui indizione e cura del procedimento, nonché i correlati obblighi informativi, spettano al soggetto aggiudicatore, non sembra dare le medesime garanzie di indipendenza e imparzialità. Né queste paiono soddisfatte dalla previsione di compiti di monitoraggio della procedura in capo alla Commissione nazionale, la cui composizione parrebbe espressione unicamente di scelte governative, di regioni ed enti locali. Neppure pare ovviare a questa situazione l’indicazione, che parrebbe essere contenuta nel d.p.c.m., in

science_and_democracy/ (ultimo accesso: 18 settembre 2017), le cui osservazioni sono state riprese da M. TALLACCHINI, *Dalla “scienza come democrazia” alle “società democratiche della conoscenza”*, cit., 11-12. I valori in questione sono: «a commitment to reason and transparency, an openness to critical scrutiny, a skepticism toward claims that too neatly support reigning values, a willingness to listen to countervailing opinions, a readiness to admit uncertainty and ignorance, and a respect for evidence gathered according to the sanctioned best practices of the moments».

⁵⁵ È questo il titolo del già menzionato scritto di S. JASANOFF, *The Essential Parallel Between Science and Democracy*, cit.

⁵⁶ Il riferimento è al titolo del lavoro di M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, vol. I, Firenze, 1999, 57 ss.

⁵⁷ Il Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente Napolitano, che aveva auspicato l’introduzione del dibattito pubblico, sottolineava la necessità di un «ampio e regolato confronto pubblico», in ossequio ai principi stabiliti dalla Convenzione di Aarhus e riteneva che il dibattito dovesse essere «mediato da esperti estranei al committente»: cfr. la «Relazione Finale del Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali (12 aprile 2013)».

base alla quale il responsabile del dibattito dovrebbe essere un soggetto esterno, facente parte di un elenco elaborato dalla Commissione nazionale, selezionato tramite procedura di evidenza pubblica. Si tratterebbe comunque di una figura che opera in un processo partecipativo che fa capo all'amministrazione o ente aggiudicatore: un professionista della partecipazione, si potrebbe dire, "al suo servizio".

Questa assenza di terzietà si rivela critica anche alla luce di quanto si è affermato circa la mancanza di neutralità della scienza e della tecnica. Dare al pubblico un'adeguata informazione sulle scelte infrastrutturali non è un'operazione oggettiva e neutra: implica una gestione delle informazioni stesse, attraverso un'attività di selezione, traduzione dei contenuti tecnici in forme comprensibili, diffusione, ecc. Di qui la necessità che tale compito spetti ad un ente indipendente, che non possa essere tacciato di amministrare l'informazione in modo strumentale, finalizzato alla ricerca del consenso dei cittadini⁵⁸.

Eguale, il fatto che il dibattito pubblico sia responsabilità dell'amministrazione o ente aggiudicatore non assicura comunque, malgrado l'operato del responsabile del dibattito, l'istituzione di un luogo neutrale di confronto fra le varie posizioni.

Un ulteriore motivo di attenzione riguarda la dimensione soggettiva della partecipazione. L'art. 22 del Codice dei contratti pubblici menziona i «portatori di interesse». Come si è avuto modo di accennare, il Consiglio di Stato, pronunciandosi su una versione preliminare della disposizione, aveva censurato l'eventuale apporto partecipativo di «comitati di cittadini», lamentando i rischi di «polverizzazione» del dibattito. La scelta effettuata dall'emanando d.p.c.m. sembra aprire a cittadini ed associazioni. È auspicabile che non ci siano passi indietro su questo fronte: limitazioni alle tipologie di partecipanti contraddicono l'essenza stessa del dibattito pubblico e degli istituti di democrazia deliberativa in genere, ove il principio cardine è quello dell'inclusività⁵⁹.

Pur nell'indeterminatezza della disciplina, non si può non rilevare come un dibattito così costruito non soddisfi pienamente l'esigenza di democratizzazione del processo decisionale e rischi di non raggiungere né l'obiettivo di una più diffusa accettazione delle scelte infrastrutturali, né quello di dare maggiore legittimazione alle decisioni pubbliche che le riguardano.

In una situazione di incertezza scientifica e pareri contraddittori, in cui però forte è la richiesta di introduzione di tecnologia, anche a fronte di pressanti istanze economiche e politiche – come avviene anche nel caso da ultimo considerato delle grandi opere –, la decisione finisce con il riguardare sostanzialmente chi

⁵⁸ Questi aspetti sono messi in evidenza da A. AVERARDI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, cit.

⁵⁹ Il citato Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali auspicava infatti che al dibattito potesse partecipare «tutta la popolazione interessata».

sopporterà i costi, più o meno nascosti, o i rischi imprevedibili degli interventi o innovazioni che si andranno a realizzare. Occorre allora creare strumenti partecipativi che, superando i pregiudizi circa la capacità dei cittadini di trattare contenuti di natura tecnico-scientifica, facciano uscire i decisori pubblici dalla “torre d’avorio”, ossia dalla «cittadella tecnocratica» in cui sono arroccati⁶⁰, e consentano una reale democratizzazione della discussione.

Abstract

The democratization of science and technology-based decisions. Reflections on the public debate

by Viviana Molaschi

This article analyzes the new frontiers of public participation in the field of major works, contextualizing this issue in the complex and increasingly conflictual relationship between scientific and technological evolution and democracy. After outlining the emerging role of “deliberative arenas” as instruments for granting public discussion on science and technology-based public decisions, it examines the recent introduction into the Italian legal system of the public debate, aimed at democratizing siting procedures of large-scale projects and preventing “proximity conflicts”. The paper compares it with the French *débat public*, underlining some differences: in particular, the Italian legislator has made some regulatory choices that weaken the role of public participation in the decision-making process, which is still characterized by a technocratic vision.

⁶⁰ Sottolinea la necessità di una dimensione relazionale più matura tra decisori e cittadini A. AVERARDI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, cit., che riprende l'immagine dei primi arroccati nella «cittadella tecnocratica» di M. ROCCATO, T. MANNARINI, *Non nel mio giardino. Prendere sul serio i movimenti Nimby*, Bologna, 2002, 32 ss.

Effettività dei servizi pubblici e tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva europea*

di Giuliano Taglianetti

SOMMARIO. 1. Premessa: servizi pubblici e diritti fondamentali. 2. L'effettività dei servizi pubblici quale obiettivo prioritario dell'Unione europea. 3. La funzionalizzazione della gestione dei servizi di interesse economico generale all'obiettivo della coesione sociale quale fondamento e limite dell'autonomia locale. 4. Riflessioni *de iure condendo*: la prospettiva europea nella riforma della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in Italia.

1. *Premessa: servizi pubblici e diritti fondamentali*

Il tema dell'effettività dei servizi pubblici è strettamente connesso con quello della tutela dei diritti fondamentali.

Invero, garantire l'effettività dei servizi «vuol significare andare oltre la previsione formale dei diritti e delle utilità che lo Stato si impegna a riconoscere e a rendere alla propria collettività»; vuol dire «rendere servizi qualitativamente accettabili e accessibili per la gran parte della collettività, rimanendo meno rilevante la modalità con cui il servizio viene gestito»¹.

Ora si pensi se, ad esempio, il servizio sanitario o il servizio di istruzione scolastica fossero erogati in base a elevati (o, quantomeno, «qualitativamente accettabili») standard qualitativi, ma fossero privi del requisito dell'accessibilità economica (e, di conseguenza, fossero usufruibili soltanto da parte di una minoranza dei cittadini in possesso delle risorse economiche necessarie per potervi accedere); ovvero se, viceversa (e peggio ancora), detti servizi fossero erogati in base al criterio dell'accessibilità economica, ma fossero privi del requisito della qualità (vengono in mente gli innumerevoli casi di malasanità che quotidianamente assurgono agli onori delle cronache).

È evidente che l'assenza di uno soltanto dei requisiti di effettività dei servizi pubblici determinerebbe un *vulnus* nella tutela dei diritti fondamentali dei cittadini (rispettivamente, negli esempi proposti, del diritto alla salute e all'educazione).

* Lo studio costituisce la rielaborazione dell'intervento "Effettività dei servizi pubblici e tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva europea" svolto nell'ambito del XXII Convegno Annuale di Studi "Amministrazione di prestazione e diritti fondamentali" tenutosi a Montepaone Lido (CZ) il 1° luglio 2017.

¹ I.M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo»*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007 (ora anche in F. SCIACCA [a cura di], *Studi in memoria di Enzo Sciacca*, Milano, 2008, 489 ss.), 68. Per un primo approccio alla nozione giuridica di effettività riferita ai servizi, dello stesso autore cfr. *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987, *passim*, spec. 250 ss.

Ecco perché i servizi e la loro effettività concorrono in modo decisivo alla soddisfazione dei diritti fondamentali; questi «tanto possono essere direttamente e pienamente goduti in quanto esista un'organizzazione di supporto, dei servizi appunto che lo consentano»².

Volendo enfatizzare, l'erogazione dei servizi pubblici in una dimensione di effettività rappresenta, il più delle volte, lo strumento senza il quale i diritti fondamentali «sarebbero solo vuote enunciazioni di principio»³.

In virtù di tali considerazioni, i servizi pubblici sono stati definiti come quei «servizi preordinati al soddisfacimento delle esigenze di base della società, intrinsecamente legati all'effettivo godimento dei diritti fondamentali e in particolare dei diritti sociali»⁴.

A ben vedere, l'effettività dei servizi è funzionale alla concreta attuazione dei progetti costituzionali di solidarietà (art. 2 Cost.) e di uguaglianza sostanziale, cioè, di rimozione delle disuguaglianze che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.), dal momento che la solidarietà e l'uguaglianza non possono prescindere da prestazioni fruibili da tutti⁵; al contempo, essa rappresenta il presupposto indispensabile per realizzare l'effettività dei diritti di libertà, dal momento che «non è credibile la libertà di chi non riesce ad affrancarsi dai bisogni elementari»⁶.

In questa prospettiva, la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo è condizione di un regime democratico. Un ordinamento giuridi-

² Di ciò è acutamente consapevole A. PUBUSA, *I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 845.

³ L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 57.

⁴ A. ARENA, *La nozione di 'servizio pubblico' nel diritto dell'integrazione economica. La specificità del modello sovranazionale europeo*, Napoli, 2011, 3.

⁵ Non ha dubbi al riguardo, A. PUBUSA, *op. cit.*, 845 ss., secondo il quale «non c'è dubbio che l'effettività dei servizi implica la soddisfazione dei bisogni fondamentali ... a prescindere dalla condizione economica e sociale di ciascuno, divenendo così la base e la molla potente dell'eguaglianza» (846). In senso analogo si veda pure D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, 736, per il quale l'effettiva erogazione di servizi di base, quali le cure sanitarie, l'educazione e il trasporto pubblico, costituisce la condizione necessaria per ridurre le disuguaglianze e per garantire diritti sociali fondamentali, il cui esercizio rappresenta, a sua volta, il presupposto per l'esercizio di altri diritti fondamentali.

⁶ I.M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo»*, cit., 74. Per una impostazione consapevole in termini di rapporti tra diritti di libertà e diritti sociali, si veda la dottrina ivi richiamata in nota 15. La consapevolezza che l'effettività dei diritti sociali si raggiunge con l'effettività dei servizi è presente anche nelle riflessioni di R. DAHRENDORF, *Libertà attiva*, Roma-Bari, 2005, 19 ss., secondo il quale la libertà non è effettivamente conseguibile senza «la prestazione di certi servizi accessibili a tutti», nonché di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 67 ss., che distingue, tuttavia, i diritti di libertà dai diritti sociali («la protezione di quest'ultimi richiede un intervento attivo dello Stato che la protezione dei diritti di libertà non richiede, e ha prodotto quella organizzazione di pubblici servizi da cui è nata addirittura una nuova forma di stato, lo stato sociale»).

co è democratico, infatti, «non soltanto, o forse meglio, non tanto, quando alle istituzioni si applica il metodo democratico (il principio di maggioranza) per la formazione della loro volontà, ma soprattutto quando ai cittadini vengono assicurate garanzie fondamentali, garanzie che non si riferiscono soltanto alla possibilità (...) di cambiare il regime politico nel quale si sono riconosciuti fino ad un dato momento storico e successivamente non si riconoscono più»⁷.

Pertanto, migliorare l'effettività dei servizi e, quindi, la protezione accordata ai diritti e alle libertà fondamentali dell'individuo, migliora la tenuta democratica di un Paese: la democrazia non può sopravvivere senza che venga accordata protezione a tali diritti e libertà⁸.

Tanto premesso in ordine alla stretta connessione tra servizi pubblici e diritti fondamentali, è opportuno definire il campo d'indagine del presente contributo, che si soffermerà essenzialmente su due aspetti.

In primo luogo, si procederà ad analizzare il rapporto esistente in ambito europeo tra l'obiettivo di garantire l'effettività dei servizi pubblici e quello di tutelare la concorrenza.

A tal proposito si tenterà di dimostrare che nel settore dei servizi pubblici l'effettività dei servizi stessi, in funzione della coesione sociale dell'Unione, rappresenta l'interesse primario, rispetto al quale l'interesse alla tutela della concorrenza diventa comprimibile e quindi secondario.

In secondo luogo, si esamineranno gli effetti prodotti dall'evoluzione in senso sociale della disciplina europea dei servizi pubblici sull'autonomia degli enti locali relativa alla loro gestione.

Questi ultimi, come si avrà modo di rilevare più approfonditamente nel prosieguo della trattazione, sono intesi dal diritto europeo come i primi garanti dei diritti fondamentali e dell'erogazione di servizi pubblici in grado di soddisfare tali diritti.

Tali analisi costituiranno le fondamenta su cui poggeranno alcune considerazioni conclusive intorno alle prospettive di riforma della disciplina nazionale dei servizi pubblici locali.

2. *L'effettività dei servizi pubblici quale obiettivo prioritario dell'Unione europea*

La prospettiva dell'effettività dei servizi pubblici, in funzione della coesione sociale e territoriale dell'Unione e, quindi, della tutela dei diritti fondamentali, ha assunto un ruolo centrale nel diritto europeo⁹.

⁷ Sono parole di I.M. MARINO, *Profili giuridici della democrazia nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 22.

⁸ I.M. MARINO, *op. sup. cit.*, 27.

⁹ Sulle varie fasi del consolidamento della dimensione sociale europea si veda M. CLARICH,

Invero, in tale contesto si è gradualmente rafforzata la consapevolezza che nei servizi di interesse economico generale¹⁰ la componente di mercato non sia prevalente (ma al limite strumentale) rispetto alla componente sociale di soddisfazione dei bisogni collettivi¹¹.

A questo proposito, è necessario richiamare l'art. 14 TFUE, che, riconoscendo il ruolo fondamentale svolto dai servizi di interesse economico generale per la promozione della coesione sociale e territoriale, ha affidato all'Unione e agli Stati membri il compito di garantirne il corretto funzionamento, «secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei Trattati»¹².

I servizi sono altresì menzionati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, ponendo in evidenza la connessione tra i servizi e i diritti fondamentali, ha sancito il diritto di accesso ai servizi di interesse economico generale al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione (art. 36 della Carta di Nizza, collocato nel capo IV dedicato alla «solidarietà»¹³).

Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2003, 96 ss.

¹⁰ Nei trattati dell'UE non viene utilizzata l'espressione servizio pubblico, ma figura la nozione di servizio di interesse economico generale (cui ci si riferisce usualmente anche con l'acronimo SIEG), da intendersi come sostanzialmente coincidente con quella di servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui alla normativa interna (in tal senso v. Corte costituzionale, sentenza 17 novembre 2010, n. 325, in part. punto 6.1., in *Giur. cost.*, 2010, 4501 ss., con note di A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*; P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*). Entrambe le nozioni, infatti, fanno riferimento a un servizio erogato o suscettibile di essere erogato dietro corrispettivo su un mercato, che le autorità pubbliche considerano necessario per realizzare fini sociali in favore di una generalità indifferenziata di soggetti e, pertanto, assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Dal riferimento alla nozione di SIEG si è giunti a enucleare la più ampia nozione di servizi di interesse generale (cui ci si riferisce usualmente anche con l'acronimo SIG), che include anche le attività insuscettibili di trovare collocazione in un contesto di mercato (sicurezza, giustizia, ecc. ...) e che, di conseguenza, costituiscono una prerogativa degli Stati (R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, 34). Per una ricostruzione esaustiva della nozione di servizio pubblico e sul rapporto tra tale nozione, da un lato, e quelle di servizio di interesse generale e servizio di interesse economico generale, dall'altro, si rinvia ad A. ARENA, *op. cit.*, *passim*, spec. 173 ss., e alla dottrina ivi richiamata.

¹¹ E. SCOTTI, *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, 175.

¹² Secondo L.G. RADICATI DI BRONZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Unione europea*, 1998, 273 ss., l'art. 14 TFUE esprime chiaramente l'esigenza che l'applicazione delle regole del Trattato non si risolvano in un abbassamento della qualità e della disponibilità dei servizi pubblici.

¹³ Sul nesso funzionale esistente tra gli obiettivi di coesione sociale dell'Unione e accesso ai servizi, v. D. GALLO, *op. cit.*, spec. 744 ss. Secondo l'A., «coesione e accesso mirano ad assicurare una copertura territoriale completa per garantire che soggetti più svantaggiati, (anche) sotto il profilo dell'ubicazione geografica, possano godere delle strutture e degli stessi servizi di coloro che si

Secondo la direttrice delineata da tali norme¹⁴, l'effettività dei servizi pubblici costituisce per i cittadini una componente essenziale della cittadinanza europea, indispensabile per beneficiare appieno dei diritti fondamentali, oltre che una condizione necessaria per la presenza di un contesto imprenditoriale competitivo.

Nel libro bianco del 2004 sui servizi di interesse generale il collegamento con i diritti fondamentali è ancora più esplicito laddove la Commissione rileva che «i cittadini e le imprese hanno il diritto di pretendere l'accesso a servizi di interesse generale di alta qualità e a prezzi abbordabili in tutta l'Unione europea» e che «per i cittadini dell'Unione tale accesso costituisce una componente essenziale della cittadinanza europea, nonché un elemento indispensabile che consente loro di beneficiare appieno dei propri diritti fondamentali»¹⁵. Nello stesso testo la Commissione pone altresì in rilievo il legame esistente tra servizi di interesse economico e politica di coesione sociale¹⁶, laddove afferma che «l'eliminazione degli svantaggi causati dalla mancanza di accessibilità nelle regioni ultraperiferiche» rappresenta un fondamentale strumento per «evitare che i gruppi sociali o le regioni vulnerabili siano esclusi dall'accesso ai servizi essenziali»¹⁷.

Ai fini della definizione dei valori comuni ai servizi di interesse economico generale, è di basilare importanza il protocollo n. 26 allegato al TFUE e al TUE che, dopo aver riconosciuto alle autorità nazionali, regionali e locali un ampio potere discrezionale nel «fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti», ha individuato tra gli obiettivi principali dell'Unione quello di garantire in tale settore «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

trovano in una posizione privilegiata ... mirano entrambi a ridurre le disuguaglianze, sia a livello di regioni periferiche dell'Unione, sia a livello di categorie più marginalizzate di cittadini» (749).

¹⁴ Sull'interazione dell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali con l'art. 14 TFUE si veda, anche per altri riferimenti bibliografici, D. GALLO, *op. sup. cit.*, 714 ss., spec. 735-744, secondo il quale tali articoli stabiliscono un collegamento esplicito tra servizi di interesse economico generale e coesione sociale e territoriale (744).

¹⁵ Cfr. par. 2.1. del Libro Bianco sui servizi di interesse generale della Commissione europea, 12 maggio 2004, COM (2004).

¹⁶ Secondo autorevole dottrina, sarebbe riduttivo interpretare la coesione sociale come mero obiettivo delle politiche pubbliche anziché come pre-requisito delle stesse (A. LUCARELLI, *Studi di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 32). In questo senso, la coesione sociale andrebbe letta in termini di omogeneità e di osservanza del principio di uguaglianza per assurgere al ruolo di un vero e proprio principio costituzionale europeo, dal valore non meramente programmatico ma prescrittivo, come tale in grado di porre un freno all'«onda riformista liberista» (così F. LIGUORI, *Infrastrutture e periferie*, in *Munus*, 2017, 122, che richiama sul punto G. MARCOU, *Politiche di liberalizzazione ed espansione del diritto pubblico*, in A. LUCARELLI [a cura di], *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, Napoli, 2001; E. BALBONI, *Il principio di coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario e nella recente ingerenza dell'Unione*, in U. DE SIERVO [a cura di], *La difficile costituzione europea*, Bologna 2001).

¹⁷ Cfr. par. 3.3.

Nella stessa prospettiva, l'art. 2 della direttiva 2014/23/UE (cd. «*direttiva concessioni*»)¹⁸ ha espressamente riconosciuto la «libertà» delle autorità pubbliche nell'organizzazione e nella gestione dei servizi, onerando queste ultime della connessa responsabilità di assicurarne un'erogazione conforme ai valori individuati dal citato protocollo n. 26 (vale a dire «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza»).

Il diritto europeo ha così individuato un quadro di valori sociali a cui l'erogazione dei servizi pubblici deve ispirarsi per soddisfare in concreto i bisogni dei cittadini; al contempo ha positivamente «funzionalizzato» la discrezionalità riconosciuta alle autorità nazionali nella disciplina dei servizi stessi al conseguimento di obiettivi specifici volti a garantirne l'effettività¹⁹.

L'effettività dei servizi richiede, infatti, che essi siano erogati nel rispetto dei summenzionati criteri di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento e universalità.

Sulla base di tali considerazioni è stato affermato che la fornitura di servizi efficienti e di elevata qualità costituisce il perno intorno al quale si sviluppa, prende forma e si evolve il nuovo modello sociale europeo²⁰, a sua volta strettamente connesso all'esercizio dei diritti fondamentali e dei diritti di cittadinanza²¹.

L'obiettivo di garantire l'effettività dei servizi pubblici convive con quello di aprire il mercato dei servizi alla libera concorrenza e di tutelare i diritti delle imprese che entrano nel settore²².

¹⁸ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in *GUUE* L94/1.

¹⁹ Come osserva in proposito D. GALLO, *op. cit.*, 760, «negli ultimi anni la tendenza, confermata dal Trattato di Lisbona, è quella di concedere un maggiore potere di intervento agli Stati nell'individuazione della nozione di servizi di interesse economico generale e nella loro regolamentazione, affiancando, tuttavia, tale potere discrezionale alla contestuale affermazione, a livello europeo, di valori e principi sottesi a tale nozione».

²⁰ Sul concetto di modello sociale europeo v. A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, 279 ss.

²¹ D. GALLO, *op. cit.*, 229. L'A. rileva inoltre, in proposito, che «la funzionalizzazione dei servizi di interesse economico generale all'obiettivo della coesione sociale e territoriale» deriva dalla penetrazione, a livello europeo, dei valori cardine del «*service public à la française*», tra i quali la qualità, l'efficienza e l'efficacia nella gestione del servizio, l'adeguatezza, l'accessibilità e la continuità della prestazione (237, ove si richiama, in argomento, C. MARTINAND, *Le service public en France et en Europe. Un double effort de reconstruction indispensable*, in *Revue des Affaires Européennes*, 1994, 80 ss. e J. FOURNIER, *La teoria francese del servizio pubblico e il diritto comunitario*, in E. FERRARI [a cura di], *La disciplina dei servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, 3 ss.).

²² La necessità di trovare un bilanciamento tra questi contrapposti obiettivi si colloca nel contesto ermeneutico più ampio che indaga la necessità di equilibrare le libertà economiche con i diritti sociali. Con riferimento a quest'ultima cornice teorica v., in particolare, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995. Più recentemente, in argomento si vedano pure L. CAS-

È noto a tutti, infatti, che uno dei fini principali dell'Unione europea è rappresentato dalla realizzazione delle quattro libertà fondamentali di libera circolazione dei servizi, dei capitali, delle persone e delle merci e di un mercato comune basato su regole volte a tutelare la concorrenzialità tra imprese, senza alcuna discriminazione fra settore pubblico e settore privato. La coesistenza di questo duplice ordine di obiettivi ha posto l'Unione europea di fronte alla necessità di trovare un'equilibrata combinazione tra l'esigenza di garantire agli Stati membri e alle autorità nazionali il potere di regolare e amministrare autonomamente nel proprio territorio (principalmente al fine di tutelare l'effettività dei servizi pubblici e, quindi, i diritti degli utenti) e quella di limitare tale potere di regolazione (principalmente al fine di proteggere il diritto degli operatori economici di altri Stati membri di accedere al mercato nazionale e di operare, in esso, in condizioni di parità rispetto a tutti gli altri operatori)²³.

Espressione formale delle opposte esigenze appena segnalate è l'art. 106 TFUE²⁴, la cui formulazione risulta essere il frutto di un compromesso fra le

SETTI, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in *Lavoro e diritto*, 2008, 62 ss.; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009; M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur.Cost.*, 2010, 3296 ss.; S. GAMBINO, *Diritti sociali tra Costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *www.federalismi.it*, n. 24/2012; N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e attività di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 603 ss.; ID, *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del tradizionale primato del potere amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino 2016, 133 ss.

²³ La necessità di bilanciare queste esigenze potenzialmente contrastanti è posta in evidenza da S. BATTINI, G. VESPERINI, *Introduzione*, in S. BATTINI, G. VESPERINI (a cura di), *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Milano, 2008, 2.

²⁴ Sul significato del disposto di cui all'art. 106 TFUE e sulle questioni ermeneutiche poste dai primi due commi di tale disposizione – il cui contenuto è rimasto sostanzialmente immutato nonostante i cambi di numerazione – si vedano R. DRAGO, *La nozione di servizio di interesse economico generale secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato economico europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, 126 ss.; R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al § 2 dell'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo, in*, 1963, 84 ss.; A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TABUCCHI (diretto da), *Trattato istitutivo della Comunità europea. Commentario*, Milano, 1965, 676 ss.; J. MEGRET, J.V. LOUIS, D. VIGNES, M. WAELBROECK, J. DOUSSETT, M. SARMET, *Le droit de la communauté économique européenne, commentaire all'art. 90*, Bruxelles, 1971, vol. III, 83 ss.; P. MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Riv. dir. int.*, 1995, 379 ss.; G. TESAURO, *Intervento pubblico sull'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. un. eu.*, 1996, 719 ss.; H. CHARVIER, *des Traités UE et CE*, Bruxelles, 2000, 768 ss.; M.C. BARUFFI, *Articolo 86*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, 448 ss.; V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in L. RADICATI DI BRONZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, 35 ss.; A. GARDELLA, *Articolo 86*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e delle Comunità europee*, Milano, 2004, 577 ss.; G. FONDERICO, C. OSTI, *Articolo 86*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, 2507 ss.; F.M. DI MAJO, *Articolo 86 [ex 90]*, in L. FERRARI BRAVO, A. RIZZO (a cura di), *Codice*

diverse tradizioni costituzionali degli Stati membri, non agevolmente riducibili a una sintesi, che hanno indotto i costituenti europei a un atteggiamento prudentiale nella definizione della principale forma di intervento pubblico in economia, ossia i servizi pubblici²⁵.

Il primo comma dell'art. 106 cit. ha vietato agli Stati di «emanare» o «mantenere» a favore delle imprese pubbliche, o di quelle a cui si riconoscono diritti speciali ed esclusivi²⁶, misure contrarie al Trattato, *idest* al principio di libera concorrenza; il secondo ha disposto che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ... sono sottoposte alle norme dei Trattati, e, in particolare, alle regole di concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

La disposizione, pur enunciando l'applicabilità delle regole della concorrenza anche ai soggetti incaricati della gestione di un servizio pubblico, consente tuttavia agli Stati membri di derogare a tali regole qualora ciò trovi adeguata giustificazione nella necessità di adempiere a una missione di interesse generale.

Secondo la medesima logica, ai sensi degli artt. 107 e 108 TFUE, le imprese incaricate di svolgere un servizio di interesse economico generale possono ricevere ausili pubblici, in deroga alla disciplina degli aiuti di Stato, a titolo di compensazione, in base a criteri di stretta proporzionalità, qualora essi si rendano necessari per coprire i costi correlati all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico. In particolare, muovendo dalla specificità delle attività in cui si sostanzia il servizio pubblico rispetto alle comuni attività economiche, la Corte di giustizia ha escluso che il finanziamento degli oneri posti in capo al gestore debba considerarsi aiuto di Stato, ove esso sia necessario per assicurare l'espletamento di una specifica missione di interesse generale²⁷.

dell'Unione europea, Milano, 2008, 373 ss.; A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato (art. 106 TFUE)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, Milano, 2010, 178 ss.; A. ARENA, *op. cit.*, spec. 123-129; D. GALLO, *L'art. 106 § 2 TFUE quale deroga antitrust atipica*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 118 ss.

²⁵ D. CALDIROLA, *La dimensione del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001, 126.

²⁶ Sulla distinzione tra diritti speciali ed esclusivi si vedano, in particolare, F. GHELARUCCI, *I diritti speciali ed esclusivi nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 815 ss.; G. CAPUTI, *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2002, 42 ss.; A. ARGENTATI, *Diritti speciali ed esclusivi e regole comunitarie di concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 393 ss.

²⁷ In tal senso v. Corte giust., 22 novembre 2001, *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale*, C-53/00, EU:C:2001:627 (su tale sentenza v. i commenti di A. BARTOSH, *Why did the Court of Justice respond in Ferring?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, 1 ss.; M. MEROLA, C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, 639 ss.), che ha recepito il cd. «criterio della compensazione», proposto dall'Avvocato generale Tizzano nelle conclusioni, presentate l'8 maggio 2001, nella medesima causa Ferring. Nella pronuncia in parola la Corte di giustizia ha affermato

Dal quadro normativo e giurisprudenziale così delineato emerge la non assolutezza dell'applicazione delle regole della concorrenza, stante la possibilità per gli Stati membri di derogare a tali regole al fine di assicurare l'erogazione di servizi pubblici conformi ai canoni della qualità, della sicurezza, dell'accessibilità economica, della parità di trattamento e dell'universalità. In termini più espliciti, secondo questa impostazione, «quando è in gioco la coesione sociale la concorrenza può cedere il passo, se questo serve per rendere l'intervento più efficace»²⁸.

Si è visto, infatti, che il base alla visione europea «è indispensabile garantire l'erogazione di servizi pubblici di qualità elevata all'intera popolazione, anche al di là, ove necessario, della logica del mercato strettamente intesa»²⁹.

Pertanto, è possibile affermare che nel settore dei servizi di interesse economico generale l'effettività dei servizi stessi rappresenta l'interesse primario, rispetto al quale l'interesse alla tutela del libero mercato diventa comprimibile e quindi secondario³⁰.

che le misure d'ausilio che si limitano «a compensare gli extracosti connessi all'adempimento di obblighi di servizio pubblico» non devono essere qualificate come «aiuti di Stato» e che, di conseguenza, esse non devono essere sottoposte al regime sostanziale e procedimentale di cui agli artt. 107 ss. TFUE (che, com'è noto, si fondano sul principio del divieto e sull'onere di previa notifica alla Commissione). Il più recente orientamento della Corte di giustizia, inaugurato dalla sentenza *Altmark* (Corte giust., 24 luglio 2003, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, C-280/00, EU:C:2003:415, in *Dir. trasp.*, 2004, 455 ss., con nota di G. MENDOLA, *Trasporto pubblico e aiuti di Stato*), pur aderendo in linea di principio all'interpretazione dell'articolo 107 TFUE proposta nella succitata sentenza Ferring, ha individuato con maggiore rigore e precisione le condizioni che devono cumulativamente sussistere affinché una misura compensativa degli obblighi di servizio pubblico possa essere esentata dal regime degli aiuti di Stato. Per un'analisi di tale giurisprudenza, nonché degli interventi «post-Altmark» della Commissione – che, una prima volta nel 2005 e una seconda nel 2012, ha ulteriormente chiarito le coordinate fondamentali delle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico, facendo luce sui requisiti richiesti dalla Corte per escludere le compensazioni dall'ambito degli aiuti di Stato – si rinvia a E. SCOTTI, *op. cit.*, 173 ss., spec. 199 ss. È opportuno chiarire che la Corte di giustizia è giunta a recepire il suddetto «criterio della compensazione» in seguito a un orientamento ondivago della giurisprudenza europea. Invero, secondo un diverso indirizzo interpretativo i finanziamenti erogati a titolo di indennità compensative, procurando un vantaggio economico-finanziario, dovrebbero qualificarsi come aiuti di Stato, ancorché l'erogazione sia volta esclusivamente a compensare il maggior costo dei compiti di servizio pubblico assunti (cd. «criterio dell'aiuto»); ciò in quanto il Trattato non distinguerebbe gli interventi statali a seconda della loro causa o del loro scopo (sono riconducibili a tale approccio le sentenze Trib. CE, 27 febbraio 1997, *FFSA c. Commissione*, T-106/95, EU:T:1997:23; Trib. CE, 10 maggio 2000, *SIC c. Commissione*, T-46/97, EU:T:2000:123; Trib. CE, 11 giugno 2009, *Repubblica italiana c. Commissione*, T-222/04, EU:T:2009:194).

²⁸ F. LIGUORI, *op. cit.*, 122.

²⁹ Sono parole di M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, cit., 96.

³⁰ Coerentemente con tale assunto, è stato affermato che nel diritto europeo, «almeno nel campo dei servizi pubblici ... la concorrenza, non appare un valore primario, bensì strumentale: essa va perseguita se ed in quanto si realizzino, per questo tramite, condizioni di maggiore efficien-

In tale settore il principio di effettività che si rinviene nell'ordinamento europeo «guarda soprattutto ai cittadini e si preoccupa che dei diritti previsti dall'ordinamento sia concretamente possibile l'esercizio, rendendo in tal modo certo anche il diritto»³¹.

D'altronde, «la storia della democrazia non è soltanto caratterizzata dall'attenzione dedicata alle imprese ed al mercato, ma anzitutto dall'attenzione dedicata ai servizi quale momento di riequilibrio dell'uguaglianza fra i cittadini»³².

3. *La funzionalizzazione della gestione dei servizi di interesse economico generale all'obiettivo della coesione sociale quale fondamento e limite dell'autonomia locale*

La descritta evoluzione in senso sociale della disciplina europea dei servizi pubblici e la connessa individuazione di obiettivi valoriali da raggiungere attraverso la loro gestione comportano conseguenze rilevanti sull'autonomia locale nel governo di tali servizi.

A questo proposito, si è visto che il protocollo n. 26 allegato al TFUE e al TUE riconosce alle autorità nazionali, regionali e locali degli Stati membri un ampio potere discrezionale nell'individuazione dei servizi di interesse generale e delle migliori modalità di gestione e finanziamento degli stessi, annoverando al contempo tra gli obiettivi principali dell'Unione quello di assicurare in tale settore «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente»³³;

za del servizio stesso, tanto in termini finanziari che di qualità delle prestazioni rese agli utenti» (A. ROMANO-TASSONE, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2-3/2013, 866-867). In senso analogo, si vedano altresì E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, 204, secondo la quale l'art. 106 TFUE, «nell'accordare la deroga alle regole della concorrenza poste dal Trattato ove necessario per il perseguimento di missioni di interesse generale, stabilisce una gerarchia di interessi, ponendo le esigenze collettive a un livello sovraordinato rispetto alle libertà economiche, destinate, queste ultime, a cedere il passo in caso di conflitto»; A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, n.1/2011, 247 ss., secondo cui in base alle ultime tendenze evolutive del diritto dell'Unione «mercato e concorrenza non sono più principi dominanti» (262); L. LONGHI, *op. cit.*, 5, per il quale nell'ambito dei servizi pubblici la regola della concorrenza è soltanto «una delle possibili vie da percorrere per assicurare il godimento universale dei diritti a tale ambito collegati».

³¹ I.M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo»*, cit., 68.

³² I.M. MARINO, *Profili giuridici della democrazia nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 38.

³³ Secondo A. LUCARELLI, L. LONGHI, *La legittimità della gestione pubblica (azienda speciale) secondo il diritto interno*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della Società per azioni in Azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Torino, 2014, 26, il protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona richiama implicitamente i principi della Costituzione italiana di cui agli artt. 5, 114, 117, comma 6, 118, 119, ovvero «quei principi costituzionali che sanciscono in merito all'organizzazione e al funzionamento degli enti locali un elevato livello di autonomia». Secondo tali autori la norma in parola «oltre alla dimensione sociale, esprime di fatto i principi della sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, ben presenti nel comma 1 dell'art. 118

analogamente, l'art. 2 della direttiva 2014/23/UE garantisce la «libertà» delle autorità pubbliche nell'organizzazione e nella gestione dei servizi, onerando queste ultime della connessa responsabilità di garantirne un'erogazione conforme ai valori individuati dal citato protocollo n. 26.

Il quadro che emerge da tale normativa è il seguente: l'obiettivo di garantire l'effettività dei servizi pubblici può essere assicurato soltanto attraverso l'attribuzione di un'ampia autonomia agli Stati membri e alle loro amministrazioni locali³⁴.

L'affermata funzionalizzazione dell'autonomia locale all'obiettivo di assicurare l'effettività dei servizi pubblici e, con essa, il soddisfacimento dei bisogni fondamentali dei cittadini, comporta la garanzia che l'autorità pubblica non possa essere privata di tale autonomia³⁵.

Quest'ultima viene percepita dalla normativa europea come indispensabile ai fini del conseguimento di risultati (in termini di qualità, di sicurezza, di accessibilità e di continuità) che attraverso tali servizi gli stessi enti locali ritengono necessario garantire, in base alle specifiche esigenze delle collettività interessate.

Nella visione europea, l'interesse generale all'erogazione di servizi pubblici in grado di soddisfare i bisogni fondamentali dei cittadini non può essere raggiunto solo attraverso l'applicazione delle regole di concorrenza, ma impone il riconoscimento e la valorizzazione dell'autonomia decisionale degli enti locali.

Questi ultimi, a ben vedere, in virtù del principio di sussidiarietà, sancito dal Trattato sull'Unione europea (cfr. art. 5, par. 3, TUE)³⁶, sono intesi quali primi

Cost., ed in senso più ampio, esprime quel principio di sussidiarietà verticale, cardine del sistema istituzionale multilivello dell'Unione europea» (*Ibidem*).

³⁴ Alcuni studiosi hanno dedotto da tale contesto normativo un processo di «responsabilizzazione» delle autorità locali coinvolte nella gestione dei servizi (M. GIACONI, *La gestione dei servizi pubblici locali*, in F. LIGUORI, C. ACOCELLA [a cura di], *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, 427, che richiama, in tal senso, A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, cit., 279 ss.).

³⁵ In proposito, viene in mente l'insegnamento risalente, ma pur sempre attuale, di G. BARONE, secondo il quale la «funzionalizzazione della discrezionalità alla realizzazione di un'attività efficiente» comporta la garanzia che «l'amministrazione non possa essere interamente spogliata del potere discrezionale». Invero, secondo questo ragionamento, «se amministrare vuol dire risolvere problemi concreti, vari e mutevoli, l'operatore pubblico deve essere dotato di poteri duttili, capaci di adattarsi al caso concreto e di portare a quella scelta che di volta in volta sembrerà più opportuna». Ma tale risultato, conclude l'A., «può essere assicurato soltanto dall'attribuzione del potere discrezionale» (G. BARONE, voce *Discrezionalità [Diritto amministrativo]*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 3).

³⁶ Per un'analisi del principio di sussidiarietà nel diritto europeo si vedano, in particolare: P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/1993, 3 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro It.*, 1995, 373 ss.; F. PIZZETTI, *Il principio di sussidiarietà nell'Unione europea e in Italia: il rispetto del cittadino di fronte alle nuove esigenze di democrazia*, in V. ANGIOLINI, L. VIOLINI, N. ZANON (a cura di), *Le trasformazioni dello stato regionale italiano*, Milano, 2002, 181 ss.; B. CARAVITA, *The italian challenge between federalism and subsidiarity*, in *www.federalismi.it*, n. 5/2010; I. MARINO, *Profili giuridici della democrazia nell'Unione Europea*, cit., *passim*, spec. 37-38.

garanti dei diritti fondamentali e dell'erogazione di servizi pubblici in grado di soddisfare tali diritti³⁷.

L'effettività dei servizi è, infatti, legata al territorio, perché il territorio è la base reale della qualità della vita dei cittadini³⁸.

D'altronde, la descritta valorizzazione del ruolo e delle funzioni delle autonomie locali e la loro responsabilizzazione in ordine al conseguimento di risultati da raggiungere tramite la gestione dei servizi appaiono perfettamente aderenti al disposto degli articoli 4, par. 2³⁹, e 5⁴⁰ TUE, nonché ai principi enunciati dalla Carta Europea dell'autonomia locale⁴¹.

La funzionalizzazione della gestione dei servizi di interesse economico generale operata dal diritto europeo pone, però, anche dei limiti al processo decisionale degli enti locali relativo alla loro gestione.

A questo proposito, occorre distinguere e valutare separatamente i principali momenti logici in cui si articola tale processo decisionale.

³⁷ Coerentemente con tale assunto, è stato autorevolmente sostenuto che il principio di sussidiarietà, tradotto sul versante dell'amministrazione pubblica, dà luogo ad una riaffermazione più forte dei principi di decentramento e di autonomia locale (in tal senso, V. CERULLI IRELLI, *Principio di sussidiarietà ed autonomie locali*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, L. CHIEFFI [a cura di], *Regioni ed enti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, 269 ss.).

³⁸ I.M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo»*, cit., 80. Dello stesso avviso è A. PUBUSA, *op. cit.*, 853, secondo il quale «nel caso dei servizi alla persona, soprattutto gli enti locali hanno storicamente svolto e possono ancora svolgere un ruolo centrale».

³⁹ In questo senso l'art. 4, par. 2, TUE è stato considerato da alcuni autori come il «fondamento dell'autonomia organizzativa che si lega necessariamente all'autonomia delle scelte relative all'organizzazione dei servizi pubblici» (M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, 45).

⁴⁰ Come rileva in proposito E. FURNO (*La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n.138/2011, convertito nella l. n.148/2011*, in *www.giustamm.it*, 2011, 14, nt. 62) l'art. 5 TUE «fissa il principio di auto-organizzazione degli enti locali e richiama quel principio di sussidiarietà verticale, cardine non solo dell'art.118, comma 1, Cost., ma anche del sistema istituzionale multilivello dell'Unione europea, che impone di tener conto delle differenze, delle esigenze e delle preferenze degli utenti, che possano derivare da situazioni geografiche, sociali, culturali anche profondamente diverse tra loro».

⁴¹ La Carta europea dell'autonomia locale, firmata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa e ratificata dall'Italia con la legge 20 dicembre 1989 n. 439, definisce l'autonomia locale come «il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare e amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici». Essa obbliga le parti che l'hanno ratificata ad applicare le regole fondamentali per garantire l'indipendenza politica, amministrativa e finanziaria degli enti locali e prevede che il principio dell'autonomia locale sia riconosciuto dal diritto nazionale e protetto dalla Costituzione. Dunque, dispone che le autorità locali siano libere di decidere come e a chi affidare compiti pubblici a loro attribuiti e anche di decidere in merito alla prestazione e alla relativa organizzazione dei servizi pubblici sociali ed economici (in tal senso, M. LOTTINI, *op. cit.*, 44-45). Per una riflessione sulla Carta, si veda pure V. PARISIO, *La Carta europea delle autonomie locali e il disegno di legge delega per la Carta delle autonomie locali italiana, mera coincidenza nominale o convergenza sostanziale?*, in *Foro amm.-CdS*, 2007, 12, 3612 ss.

Una prima fase riguarda la scelta di assumere, o meno, nella propria sfera di competenza una determinata attività ritenuta di interesse collettivo, vale a dire la decisione di istituire, o meno, un servizio pubblico locale⁴²: assumere il servizio significa per l'ente locale assumere la responsabilità dell'erogazione di una determinata attività, considerata rilevante per la comunità di riferimento, nonché del conseguimento di specifici risultati (in termini di qualità, di sicurezza, di accessibilità e di continuità) che attraverso quella attività si ritiene necessario garantire⁴³.

Una seconda fase attiene, invece, all'opzione tra i modelli di gestione, vale a dire alla scelta della modalità attraverso la quale gestire il servizio⁴⁴.

Concentrando preliminarmente l'attenzione su quest'ultimo momento decisionale, è opinione comune in dottrina⁴⁵ e in giurisprudenza⁴⁶ che il diritto

⁴² Per l'attenzione dedicata alla fase dell'assunzione del servizio, si vedano: I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., spec. 149 ss.: secondo l'A. attraverso l'assunzione del servizio da parte del pubblico potere, quest'ultimo si impegna a garantire alla collettività la cura, in modo continuativo, di un certo interesse; in tal modo, il soggetto pubblico diviene titolare del servizio stesso e, di conseguenza, il compito assunto e la conseguente attività divengono doverosi (150); S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 362 ss.; G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 9 ss.; ID., *I modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali: quadro generale e comparativo*, in G. SANVITI (a cura di), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1993, 55 ss.; ID., *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVESI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, II, 769 ss. e 804 ss.; A. PIOGLIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, 175 ss.; M. MARTINELLI, F. PACCIANI, *Gestione calore e teleriscaldamento tra servizio pubblico, appalto pubblico e libera attività economica*, in *www.giustamm.it*, 2005; F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 623 ss.

⁴³ Naturalmente, come rileva I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., 201-202, la decisione di istituire un servizio pubblico può avere luogo soltanto qualora gli enti locali non siano tenuti per legge ad assicurare la cura di un determinato interesse, come si verifica nel caso dei servizi obbligatori, che il legislatore ha ritenuto debbano essere comunque erogati (è il caso, ad esempio, dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani).

⁴⁴ Le valutazioni riguardanti l'assunzione del servizio e quelle riguardanti le modalità di gestione dello stesso, sebbene siano strettamente connesse e correlate (tanto è vero che talvolta avvengono nel contesto del medesimo atto), sono, tuttavia, logicamente distinte. In tal senso, v. I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., secondo il quale la fase dell'assunzione ha una sua «autonomia logico-giuridica» rispetto a quella della gestione (150).

⁴⁵ S. SORICELLI, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, 2008, 43, sottolinea che «nell'ordinamento giuridico comunitario non vi è per la Pubblica Amministrazione un obbligo di esternalizzazione per l'affidamento di lavori, servizi o forniture, ma la scelta fra *in house providing* e *outsourcing* è del tutto discrezionale, nel senso che l'ente pubblico può scegliere il modello organizzativo più idoneo a soddisfare le proprie esigenze». In tal senso si vedano pure: D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2007, 49 («il diritto comunitario lascia ... piena libertà quanto alla scelta delle modalità di gestione di un servizio che sia reputato di interesse economico generale»); R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2011, 25 («il diritto dell'Unione europea ... non obbliga di per sé all'esternalizzazione»).

⁴⁶ La Corte di giustizia ha chiarito in più occasioni che «un'autorità pubblica ha la possibilità

europeo, ponendo sostanzialmente su un piano di equivalenza l'opzione tra l'autoproduzione e l'affidamento a soggettività esterne, non prescrive una specifica disciplina delle forme di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali.

In proposito, anche il Libro Verde sui partenariati pubblico-privati ha chiarito che il diritto europeo degli appalti pubblici e delle concessioni non mira a esprimere un apprezzamento generale riguardo alla decisione di esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici, in quanto «tale scelta compete esclusivamente alle autorità pubbliche»⁴⁷.

Tale impostazione è stata avallata dalle direttive 2014/23/UE cit., 2014/24/UE⁴⁸ (cd. «direttiva appalti») e 2014/25/UE⁴⁹ (cd. «direttiva settori speciali»).

di adempiere ai compiti di interesse pubblico su di essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso a entità esterne non appartenenti ai propri servizi» (così, Corte giust., 10 settembre 2009, *Sea c. Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 2246 ss., con nota di R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*; in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 127 ss., con nota di M. GIORGIO, *L'in house pluripartecipato e il caso SEA*; in *Urb. e app.*, 2010, 28 ss., con nota di C. VOLPE, *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house ma il diritto interno va in controtendenza*). In senso analogo la stessa Corte si era già espressa con le seguenti pronunce: 11 gennaio 2005, *Stadt Halle c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, C-26/03, EU:C:2005:5 (in *Urb. e app.*, 2005, 288 ss., con nota di R. DE NICCOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*; in *Foro amm.-CdS*, 665 ss., con nota di E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*; in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1004 ss., con nota di V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*); 13 novembre 2008, *Coditel Brabant S.A c. Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621 (in *Giur. it.*, 2009, 1254 ss., con nota di R. CARANTA, *La corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*; 9 giugno 2009, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, C-480/06, EU:C:2009:357). Anche il Consiglio di Stato ha avuto modo di osservare come nel diritto europeo l'affidamento *in house* non abbia carattere di eccezione rispetto alla gestione del servizio mediante il ricorso al mercato, oppure all'affidamento a una società partecipata; di talchè, «l'affidamento diretto, *in house* – lungi dal configurarsi come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali – costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, *in house* (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità e arbitrarità ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti» (sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, in *Foro amm.-CdS*, 2014, 2295; in senso analogo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2016, n. 1900, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

⁴⁷ Cfr. il punto 17 del Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici della Commissione europea, 30 aprile 2004, COM(2004).

⁴⁸ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, in *GUUE* L 94/65.

⁴⁹ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle

Invero, in base al 5° considerando della direttiva appalti n. 2014/24/UE «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici».

Nello stesso senso si pongono i considerando n. 7 della direttiva settori speciali 2014/25/UE⁵⁰ e n. 5 della direttiva concessioni 2014/23/UE⁵¹.

Infine, il più volte citato art. 2 della direttiva n. 2014/23/UE stabilisce che le autorità nazionali, regionali e locali «sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici» e che dette autorità «possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

Dunque il diritto europeo, pur prevedendo come indefettibili determinate condizioni integranti l'affidamento *in house* del servizio⁵², ciò nondimeno, non ha posto ulteriori limitazioni a tale tipo di gestione, confermando la piena autonomia degli Stati membri e degli enti locali nella scelta delle modalità di organizzazione dei servizi pubblici.

Tanto osservato in merito al momento dell'organizzazione, occorre adesso verificare come il diritto europeo si rifletta sulla scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio (pur non occupandosi direttamente di tale fase).

In proposito, si è visto⁵³ che la normativa europea «agisce» in una duplice direzione: per un verso, riconosce alle autorità locali un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei servizi di interesse economico generale e, quindi, in merito alla decisione di assumere la responsabilità della loro erogazione; per altro verso, orienta finalisticamente la gestione dei servizi stessi all'obiettivo di garantirne un'erogazione conforme ai valori della qualità, della sicurezza, dell'accessibilità economica, della parità di trattamento e dell'universalità⁵⁴.

procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, in *GUUE* L 94/243.

⁵⁰ Che reca una disposizione di analogo tenore rispetto a quella di cui al 5° considerando della direttiva n. 2014/24/UE.

⁵¹ Che ribadisce la «libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche» di «fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi».

⁵² Sulla disciplina dell'*in house providing* recata dalle «nuove direttive» v. C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2015, 1169 ss. Sui requisiti richiesti dal diritto europeo affinché possa configurarsi l'*in house providing*, v. spec. 1179 ss.

⁵³ Vedi *infra* par. 2.

⁵⁴ Si vedano il protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale e l'art. 2 della direttiva n. 23/2014/UE, più volte richiamati nel corso della presente trattazione.

Da tale normativa si evince l'esistenza di una sfera di autodeterminazione in capo alle autorità amministrative degli Stati membri nell'assunzione dei servizi pubblici locali. Al contempo, emerge che la soddisfazione dei bisogni dei cittadini, secondo i livelli minimi che le pubbliche amministrazioni intendono garantire, rappresenta il fine, cioè l'interesse pubblico primario, che attraverso l'istituzione del servizio deve essere perseguito.

Dunque, l'autonomia riconosciuta in favore degli enti locali nell'assunzione dei servizi pubblici non implica una libertà assoluta e incondizionata, fine a sè stessa, ma è funzionalizzata al conseguimento di obiettivi concreti che gli stessi enti, quali interpreti dei bisogni delle collettività che in essi si organizzano, ritengono necessario garantire.

Da queste premesse discende logicamente che la scelta di procedere all'assunzione di un servizio pubblico locale postula la predeterminazione⁵⁵ dei risultati che l'amministrazione intende perseguire attraverso l'erogazione del servizio stesso, in termini di qualità, di sicurezza, di accessibilità e di continuità (e, quindi, di standard qualitativi, tariffe, orari) in base alle specifiche esigenze della comunità locale e alle risorse economico-finanziarie a disposizione⁵⁶.

In tale fase del processo decisionale trova conferma la persistente idea di un'amministrazione caratterizzata dal compito di «creare interessi» e perciò dotata di «un potere autoritativo che ancor prima di dar corso all'azione, individua la scala di valori e di interessi pubblici da tutelare»⁵⁷.

È in questa fase, infatti, che si pongono le fondamenta delle scelte puntuali e si evidenziano i parametri di riferimento per l'attività di valutazione delle risultanze istruttorie e di scelta tra le possibili soluzioni alternative (in particolare, di quelle concernenti l'organizzazione del servizio pubblico).

In questa prospettiva, l'ente locale, oltre a essere luogo di fruizione e, talvolta, «soggetto dispensatore»⁵⁸ dei servizi pubblici, si configura anche come «elemento che concorre alla creazione degli stessi, in risposta ai bisogni particolari del territorio cui fa riferimento»⁵⁹.

⁵⁵ In generale, sulle molteplici finalità assolte dalle forme di predeterminazione dell'azione amministrativa si vedano P.M. VIPIANA, *L'autolimité della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, 143 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, spec. 63 ss.; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

⁵⁶ Come osserva F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, V, 2016, 118, «questa assunzione di responsabilità implica che è ai poteri pubblici che spetta di valutare il livello al quale devono essere soddisfatti i bisogni cui rispondono i servizi e, quindi, stabilire le qualità, la quantità e le condizioni economiche alle quali le relative devono essere rese disponibili per gli utenti».

⁵⁷ Per usare le parole di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 134.

⁵⁸ L'espressione è di F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali a carattere industriale ed economico*, in F. PINTO (a cura di), *Diritto degli Enti locali*, Vol. II, Torino, 2004, 162.

⁵⁹ In questo senso, L. LONGHI, *op. cit.*, 187.

In base alla ricostruzione delineata, la predeterminazione dei livelli di effettività che l'amministrazione intende garantire attraverso l'erogazione del servizio costituisce la precondizione per l'assunzione del servizio stesso. Infatti, soltanto dopo avere individuato in concreto gli obiettivi di interesse pubblico, l'ente locale può e deve – stante, da un lato, l'incidenza che la scelta di assumere un servizio pubblico locale produce sugli equilibri concorrenziali e, dall'altro, la necessità di applicare ai servizi pubblici le regole della concorrenza (art. 106 TFUE) – verificare se il perseguimento di tali obiettivi possa essere assicurato dalle imprese operanti secondo le normali regole di mercato, ovvero mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico sulle predette imprese.

Ne consegue che qualora il servizio possa essere (o sia già) fornito dalle imprese a condizioni conformi al pubblico interesse come prefigurato dall'autorità locale, quest'ultima non potrà legittimamente procedere alla sua assunzione.

In tale ipotesi, infatti, verrebbe a mancare la ragione giustificatrice dell'istituzione del servizio, vale a dire la necessità di soddisfare i bisogni della collettività, secondo i livelli minimi che le stesse pubbliche amministrazioni hanno ritenuto doveroso garantire.

Se le premesse del ragionamento sono corrette, deriva da ciò che l'assunzione del servizio pubblico locale dovrebbe nascere da una valutazione circa l'esistenza di un bisogno insoddisfatto che, per motivi diversi, non può essere appagato se non attraverso un intervento pubblico: per questo l'ente «assume il servizio»⁶⁰.

È evidente allora che nella prospettiva europea l'obiettivo di garantire l'effettività dei servizi pubblici costituisce, al contempo, la ragion d'essere dell'autonomia riconosciuta alle autorità locali in tale settore, ma anche il limite del loro agire.

4. *Riflessioni de iure condendo: la prospettiva europea nella riforma della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in Italia*

Dalle considerazioni che precedono è possibile trarre alcune conclusioni in merito alle prospettive di riforma della disciplina nazionale dei servizi pubblici locali.

Per quanto guardata con sospetto dal legislatore nazionale, l'autonomia locale conserva un ruolo essenziale in ambito europeo, quale strumento per garantire l'effettività dei servizi pubblici e, quindi, la coesione sociale dell'Unione e la tutela dei diritti fondamentali.

Invero, nel corso della presente trattazione è stato dimostrato che, in base all'impostazione su cui si fonda il diritto europeo, l'interesse generale all'ero-

⁶⁰ Giunge per altra via alle medesime conclusioni S. TORRICELLI, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, in *Munus*, 2011, 73-74.

gazione di servizi pubblici in grado di soddisfare i bisogni fondamentali dei cittadini non può essere raggiunto solo attraverso l'applicazione delle regole di concorrenza, ma impone l'attribuzione e il riconoscimento di un'ampia autonomia agli Stati membri e alle loro amministrazioni locali.

In parziale controtendenza rispetto a questa impostazione, nel corso degli ultimi anni il legislatore nazionale – con il dichiarato intento di adeguare la disciplina dei servizi pubblici alle regole di derivazione europea poste a tutela della concorrenza – ha imposto limiti (che il diritto europeo, invece, non impone) ai poteri decisionali degli enti locali nel governo di tali servizi, limiti concernenti soprattutto la fase di organizzazione degli stessi.

Questa tendenza ha trovato espressione eloquente negli interventi legislativi del 2008 e del 2011⁶¹, che avevano segnato una significativa riduzione dei margini decisionali locali in ordine alle modalità di affidamento dei servizi pubblici⁶².

Ed è proprio per la loro contrarietà al principio autonomistico che i suddetti atti normativi sono stati posti nel nulla⁶³, rispettivamente dal referendum abrogativo celebrato il 12 e il 13 giugno 2011⁶⁴ e dalla Corte costituzionale con sentenza n. 199/2012⁶⁵, con conseguente «riespansione»⁶⁶ dei margini di autonomia degli enti locali e dei loro poteri discrezionali nel governo dei servizi.

⁶¹ Ci si riferisce, in particolare all'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 e all'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138. Per un'accurata ricostruzione di tali disposizioni si rinvia a T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall' "instabilità" nazionale alla "deriva" europea*, in *Munus*, 2012, 417 ss. e alla dottrina ivi richiamata, specialmente alla nt. n. 3.

⁶² In proposito, v. F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani*, in *Munus*, 2014, 445 ss. che, nel descrivere tale tendenza legislativa, utilizza l'espressione «fuga dalle amministrazioni» (452); in argomento si veda pure G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *www.astrid-online.it*, 2011, 7, secondo il quale negli interventi normativi degli ultimi anni «l'autonomia degli enti locali non è stata mai tanto enfatizzata quanto contemporaneamente compressa».

⁶³ In tal senso F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani*, cit., 461, che richiama sul punto A. ROMANO-TASSONE, *op. cit.*, 865.

⁶⁴ All'esito del quale la volontà referendaria si è espressa in senso contrario rispetto a una «discriminazione» dell'*in house* (F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali, tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2016, 16).

⁶⁵ Sentenza 20 luglio 2012, n. 199, (in *www.federalismi.it*, 2012, con note di A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*; R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum*) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l.13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148, recante «*adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare ed alla normativa dell'Unione europea*». Come è stato lucidamente rilevato in dottrina, quello che la Corte costituzionale ha inteso sanzionare con tale sentenza «non è soltanto (e non è tanto) il comportamento del legislatore che non si è curato di ciò che la volontà popolare aveva espresso, ma anche (e soprattutto) il tentativo di strappare l'ambito dei servizi pubblici dalla partecipazione diretta degli enti locali» (M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 522).

⁶⁶ F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani*, cit., 452.

In proposito, taluni autori hanno ritenuto che con quest'ultima sentenza la Corte costituzionale abbia inteso affermare «l'indispensabile ruolo svolto dall'ambito locale in sede di organizzazione di servizi strettamente legati alla sfera dei diritti fondamentali»⁶⁷.

Il tentativo di garantire l'effettività dei servizi pubblici locali si è manifestato, inoltre, attraverso disposizioni tese a favorire la promozione dei processi di aggregazione e di rafforzamento della gestione di tali servizi (in particolare di quelli a rete), fino a imporre forme obbligatorie di organizzazione degli stessi in ambiti territoriali ottimali di ampiezza non inferiore alla scala provinciale (ATO)⁶⁸.

Anche tali disposizioni hanno inciso sulle autonomie locali e, in particolar modo, sulle prerogative comunali nel settore dei servizi pubblici, al punto che alcuni autori non hanno esitato a parlare di una vera e propria «demunicipalizzazione»⁶⁹.

In quest'ultimo caso, tuttavia, il legislatore non ha inciso in senso limitativo e condizionante sulla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni nella disciplina dei servizi pubblici locali; ha, invece, riallocato la sede di tale discrezionalità, indispensabile per garantire l'effettività dei servizi stessi, in capo a un'entità differente da quella comunale, «attribuendola ad un soggetto che, per sua natura, dovrebbe presentare un minor tasso di politicità»⁷⁰, vale a dire l'ente di governo dell'ambito⁷¹.

⁶⁷ L. LONGHI, *op. cit.*, 176.

⁶⁸ Il riferimento, in particolare, è al d. l. 24 gennaio 2012, n. 1, («Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività»), convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27), art. 25, comma 1, che – aggiungendo l'art. 3-*bis* al corpo del d. l. n. 13 agosto 2011, n. 138 («Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo») – ha sancito la generalizzazione della gestione per ambiti dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica e la scelta preferenziale della scala provinciale, pur mantenendo in capo alle Regioni la possibilità di optare motivatamente per altra scala dimensionale. La legge 7 aprile 2014, n. 56 («Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni»), con il chiaro intento di «privilegiare» le città metropolitane «come sede di governo di questi servizi» (G. MOBILIO, *Le Città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria*, Torino, 2017, 379), ha quindi attribuito a esse la funzione fondamentale di «organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano» (art. 1, comma 44, lett. c). Sulla relazione esistente tra città metropolitane e servizi pubblici locali, oltre al citato articolo di F. LIGUORI (*I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani*), si vedano, in particolare, A. SANDULLI, *Le città metropolitane e la debolezza di Atlante*, in *Munus*, 2013, V ss.; M. DUGATO, *La città metropolitana tra servizi pubblici e governo del territorio*, *ivi*, 2015, V ss.

⁶⁹ T. BONETTI, *op. cit.*, 432.

⁷⁰ Così F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani*, *cit.*, 463.

⁷¹ A tale ente di governo – come rileva ancora F. LIGUORI, *ibidem* – «spetterà [pertanto] ... il compito di effettuare la relazione prescritta dall'art. 34 del D.L. 179/2012 al fine di dare conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e di definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche, se previste».

Va da sé che la scelta legislativa di favorire un esercizio «per ambiti ottimali» delle funzioni di organizzazione e di gestione dei servizi pubblici non si pone in contrasto con l'autonomia locale garantita a livello europeo⁷².

Al contrario, essa può essere un'occasione, da rilanciare anche ricorrendo a ulteriori misure di promozione e di incentivazione, per assicurare all'utenza la «migliore offerta» di beni e attività, nonché per consentire di individuare «con particolare elasticità (ma sempre nel rispetto delle forme comunitarie)» la forma di gestione che meglio si adatta allo specifico servizio offerto da parte dell'ente di governo⁷³.

Una delle cause principali dell'instabilità⁷⁴ dei servizi pubblici locali è da rinvenirsi, dunque, nella citata tendenza legislativa a comprimere l'autonomia delle autorità pubbliche nel governo dei servizi stessi⁷⁵, attraverso l'introduzione di norme impositive di limiti al loro potere discrezionale.

È probabilmente questo il «difetto genetico» che ha impedito alle ultime riforme in tema di servizi pubblici locali di sedimentarsi e di essere attuate⁷⁶.

In tal senso, è stato autorevolmente osservato come la tendenza generale della legislazione italiana degli ultimi anni a limitare sensibilmente l'autonomia riconosciuta alla pubblica amministrazione abbia determinato «un irrigidimento dell'amministrazione [stessa] e la necessità di altre leggi per modificare quelle

⁷² D'altronde, la stessa Carta europea dell'autonomia locale, richiamata in precedenza, prevede che l'esercizio delle funzioni pubbliche possa essere assegnato anche ad autorità differenti rispetto a quelle «più vicine ai cittadini», in considerazione «dell'ampiezza e della natura del compito e delle esigenze di efficacia e di economia» (art. 4, comma 3).

⁷³ In questi termini F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani*, cit., 465-466, da cui è tratto il virgolettato. In tal senso è stato affermato che «la ricerca di dimensioni territoriali più adeguate alle funzioni da svolgere è del tutto coerente con il principio di sussidiarietà e ... rafforza, tra l'altro, proprio l'autonomia locale e la sua capacità di interlocuzione, di indirizzo e di vigilanza sulle imprese (pubbliche o private) chiamate all'erogazione delle prestazioni» (F. MERLONI, *op. cit.*, 637-638). Quest'ultimo A. ha precisato, inoltre, che «se viene raggiunta una più ampia dimensione territoriale di esercizio delle funzioni amministrative, è in rapporto alla nuova dimensione che sarà necessario giustificare l'assunzione/istituzione del servizio, tenendo conto delle caratteristiche del «nuovo e più ampio mercato» e delle esigenze di interesse pubblico che a quella dimensione si possono individuare» (ivi, 638).

⁷⁴ Il carattere instabile della disciplina dei servizi pubblici locali è stato sottolineato da più parti in dottrina. In proposito, si vedano i seguenti contributi, molti peraltro dal titolo eloquente: F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 33 ss.; C. VOLPE, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, 2013; T. BONETTI, *op. cit.*, 417 ss.; F. LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani*, cit.; ID, *I servizi pubblici locali a carattere industriale ed economico*, cit., 158 ss.; AA.VV., *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, cit.

⁷⁵ In tal senso G. PIPERATA, *op. cit.*, 34-35.

⁷⁶ G. PIPERATA, *op. sup. cit.*, 35.

precedenti, con un continuo ampliamento dell'area legislativa» da cui ne è derivato «un malessere del diritto amministrativo, che è sostanzialmente discrezionalità, adattamento continuo dell'amministrare alla realtà, non meccanica applicazione di norme»⁷⁷.

In questo contesto, fenomeni quali la crisi fiscale dello Stato, rendendo problematico il conseguimento dell'effettività dei servizi pubblici e, di conseguenza, la tutela dei diritti fondamentali, amplifica il ruolo di questa discrezionalità.

Invero, proprio la difficoltà economica è un evidente fattore di crisi della legge, poiché ne rivela la concreta incapacità di selezionare e ordinare gerarchicamente gli interessi pubblici da perseguire, determinandone la ritrazione in favore del potere amministrativo⁷⁸: «e ciò induce a considerare che accanto alla Costituzione, da un lato, e alle “politiche costituzionali” ... si collocano le “politiche dell'amministrazione”, con i loro profili di concretezza e di gestione effettiva degli interessi pubblici e privati declinati dalle carte costituzionali»⁷⁹.

Alla luce di tali rilievi, sarebbe perciò auspicabile che il legislatore nazionale prendesse atto del fallimento del tentativo di imporre limitazioni sostanziali all'autonomia degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici⁸⁰, avendo queste inciso in termini fortemente negativi sull'effettività dei servizi stessi, oltre che sulla loro stabilità⁸¹.

Del resto, al punto in cui siamo giunti nella evoluzione della legislazione europea, che delinea un *minimum* di principi e regole generali idonei a orientare il processo decisionale della pubblica amministrazione relativo all'assunzione e alla gestione dei servizi pubblici locali, sarebbe inopportuno riaprire il capitolo di una disciplina generale pervasiva e vincolistica⁸².

Sarebbe, invece, senz'altro più efficiente un intervento legislativo che provvedesse a dettare una disciplina generale organica del settore dei servizi pubblici locali, limitandosi a chiarire e recepire la portata dei principi e dei vincoli europei

⁷⁷ S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 13.

⁷⁸ P. LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012, 72.

⁷⁹ Il pensiero è tratto da R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2005, 64.

⁸⁰ Cfr. M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, cit., 520, che parla, in proposito, di «tentativo (fallito) di delocalizzare i servizi pubblici locali».

⁸¹ In proposito, v. *infra* nt. n. 74.

⁸² Al riguardo, appare condivisibile quanto affermato da L.R. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Urb. e app.* 2011, 906 ss. (richiamato anche da G. PIPERATA, *op. cit.*, 46-47, nt. 30), secondo cui un intervento troppo dettagliato in materia di servizi pubblici locali potrebbe essere foriero più di incertezze che non di certezze di azione. In questo senso è stato anche sostenuto che «il ricorso alla disciplina comunitaria per la gestione dei servizi pubblici di rilievo economico sembra poter conseguire risultati migliori dei congegni fin troppo meccanici predisposti dal legislatore italiano» (A. ROMANO-TASSONE, *op. cit.*, 867-868).

e ad armonizzarli con l'attuale normativa nazionale⁸³, al contempo lasciando spazio alla logica delle discipline settoriali⁸⁴.

Quest'ultima soluzione sembra essere oggi la più idonea per realizzare il «disegno di un'amministrazione autonomistica e comunitaria»⁸⁵ e, con esso, «la concreta effettività del modo di essere dei servizi pubblici e dei bisogni fondamentali cui essi sono rivolti»⁸⁶.

⁸³ In questa direzione si era mosso, soltanto in parte, il decreto legislativo approvato dal Governo (recante «Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale») in attuazione della delega conferita dal combinato disposto degli artt. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (non più licenziato per effetto della sentenza della Corte costituzionale 25 novembre 2016, n. 251, che ha sancito l'illegittimità della legge delega nella misura in cui quest'ultima non ha previsto meccanismi di leale collaborazione). Tale decreto, per un verso, aveva finalmente disciplinato, in maniera coerente con l'ordinamento europeo, la fase dell'assunzione del servizio pubblico locale, subordinando la stessa assunzione alla predeterminazione da parte dell'amministrazione (comuni e città metropolitane) dell'interesse pubblico («in termini di prezzo, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al servizio») e alla verifica che quell'interesse non potesse essere soddisfatto dalle imprese operanti secondo le normali regole di mercato «in modo soddisfacente e in maniera coerente con il pubblico interesse come definito dall'amministrazione» (art. 5). Per altro verso, aveva introdotto alcuni stringenti limiti alle autonomie locali nella scelta tra l'esternalizzazione e l'autoproduzione, che andavano ben oltre la pur legittima previsione di un onere motivazionale rafforzato in caso di ricorso all'*in house providing*. Si veda, in proposito, l'art. 8, comma 3, che stabiliva un limite generalizzato alla durata dell'affidamento *in house* di servizi diversi da quelli di rete e che, a ragione, era stato definito di dubbia legittimità o, meglio, «di non agevole compatibilità con l'ordinamento europeo» (in tal senso, F. FRACCHIA, *op. cit.*, 15).

⁸⁴ «Spesso, peraltro, anch'esse di derivazione comunitaria, come nel caso del servizio elettrico di cui al d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 s.m.i., ovvero del gas naturale disciplinato dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 s.m.i.», come rileva T. BONETTI, *op. cit.*, 436, nt. 58. Per una posizione favorevole a un riordino dell'assetto normativo su base settoriale, si vedano: L. AMMANNATI, *Presentazione*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, cit.; P. ROSSI, *Regolazione e mercato nei servizi pubblici locali. Quale «riordino»*, *ivi*, 3 ss., secondo il quale la ragione dei falliti interventi legislativi di quest'ultimo decennio risiede nella volontà di «incapsulare in una sorta di normativa universale realtà profondamente eterogenee» quali, ad esempio, il servizio di trasporto pubblico locale, il servizio dei rifiuti e quello idrico (34).

⁸⁵ Per utilizzare le parole di M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Studi in memoria di V. BACHELET*, II, Milano, 1987, 391.

⁸⁶ L'efficace espressione è di E. SCOTTI, *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, cit., 208.

Abstract

The effectiveness of public services and the protection of fundamental rights
in the European perspective

by Giuliano Taglianetti

The essay analyses the close relationship existing between the theme of effectiveness of public services and that of protection of the basic rights.

Effectiveness is an essential characteristic of public services in function of concrete realization of constitutional projects of solidarity and of substantial equality. At the same time, it represents the essential presupposition to realize the reality of the rights of freedom.

The consciousness of the close bond between public services and basic rights is very present in the European right. In this system, the perspective of the effectiveness of public services, in function of social and territorial cohesion of the Union and, so, of the protection of basic rights, has assumed a main role.

In the European vision, the general interest in distributing public utilities able to satisfy the basic needs of citizens can't be reached only through the application of competitive rules, but it imposes the recognition and the increase of the decision-making autonomy of the member States and of the local authorities. The last, in fact, in virtue of the principle of subsidiarity, sanctioned by the Treaty on the European Union, are intended as the first guarantors of the basic rights and the allocation of public utilities able to satisfy these rights.

The autonomy recognized in favour of the local authorities in the acceptance of the public utilities doesn't mean, however, an absolute and unconditional liberty, an end in itself, but it is "functional" to the attainment of real aims that the same local authorities, as interpreters of needs of collectivities that organize themselves in them, think necessary to assure.

Consequently, the aim to assure the effectiveness of the public utilities is, at the same time, the justification of the autonomy recognized to the local authorities in this sector, but also the limit of their action.

Criticità e prospettive per la disciplina del diritto di accesso generalizzato

di Anna Del Prete

SOMMARIO: 1. Dal principio di segretezza alla trasparenza della pubblica amministrazione – 2. Il d.lgs. n. 33/ 2013: il c.d. accesso civico – 3. I caratteri del c.d. “decreto Trasparenza” – 4. I limiti al nuovo accesso civico: più rigorosi o meno rigorosi di quelli di cui all’art. 24 della legge 241/1990? – 5. L’attuazione dell’accesso civico generalizzato – 6. Alcuni profili critici in attesa del taglio della Corte Costituzionale.

1. *Dal principio di segretezza alla trasparenza della pubblica amministrazione*

Al fine di meglio inquadrare il tema oggetto del presente scritto, giova anzitutto ripercorrere in breve l’articolato iter normativo concernente il ruolo della trasparenza¹ e l’esercizio del diritto di accesso. L’evoluzione in materia è stata lunga e tortuosa, si è passati da un sistema in cui la segretezza costituiva la “regola” dell’operato della pubblica amministrazione² e la trasparenza l’eccezione, ad un sistema diametralmente opposto. Esisteva una sorta di “velo dell’anonimato” sull’intero operato della pubblica amministrazione. Con l’avvento della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, il legislatore ha capovolto l’orientamento fino a quel momento esistente, facendo divenire l’accesso ai documenti amministrativi la regola generale e il segreto la relativa eccezione. Ma il vero e proprio punto di svolta si è avuto solo con la legge n. 15 del 2005, di riforma della l. n. 241, che ha introdotto, per la prima volta nel testo normativo, il princi-

¹ “La trasparenza dell’azione amministrativa nelle diverse forme in cui si realizza costituisce un’esigenza assolutamente fondamentale degli ordinamenti democratici, ponendosi come strumento indispensabile a realizzare un effettivo e diretto rapporto tra governanti e governati, al fine tale di consentire a questi ultimi una consapevole partecipazione all’operato dei pubblici poteri”. Cfr. R. VILLATA, *La trasparenza dell’azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo* (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna – Villa Monastero, 18-20 settembre 1986), Milano, 1989, 15 ss. La bibliografia sul tema della “trasparenza amministrativa” è amplissima. Si rinvia a F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2010, 3 ss.; E. CARLONI, *La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 2009, III, 779 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa (voce)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXXI, Roma, 1995, 1 ss.; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Diritto dell’economia*, 1994, III, 613 ss.; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, III, 416 ss.

² Per lo studio del «segreto amministrativo» è necessario riferirsi a I. F. CARAMAZZA, *Dal principio di segretezza al principio di trasparenza. Profili generali di una riforma*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1995, IV, 941 ss.; G. D’AURIA, *Trasparenza e segreti nell’amministrazione italiana*, in *Politica del diritto*, 1990, I, 93 ss.

pio della trasparenza tra i principi generali dell'azione amministrativa (articolo 1 c. 1, l. n. 241/1990). Nell'ottica del legislatore del 2005 la trasparenza dell'attività amministrativa viene concepita come valore finalistico, immanente all'ordinamento, in vista del quale “organizzare” istituti e principi giuridici che quel valore tendono a realizzare. È solo con il d.lgs. n. 150 del 27 ottobre 2009 (c.d. decreto Brunetta)³ che la trasparenza viene finalmente declinata come “[...] *accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni, con la dichiarata finalità di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità [...]*”. Mutano, quindi, con tal decreto, sia l'oggetto della trasparenza che gli strumenti necessari alla sua realizzazione. Oggetto della trasparenza non sono più solo i documenti amministrativi, ma anche le “informazioni” relative all'organizzazione, alla gestione e all'utilizzo delle risorse finanziarie e strumentali. Non si parla di richiesta di accesso alle informazioni, ma della previsione di obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali di tutte le informazioni concernenti l'attività, l'organizzazione e l'impiego delle risorse. La trasparenza inizia ad essere intesa come strumento di controllo diffuso dell'operato della pubblica amministrazione, a dispetto di quanto affermato dall'articolo 24 c. 3 l. n. 241/1990⁴. Si può parlare dell'esistenza di due linee direttrici all'interno del Decreto in questione: da un lato, la trasparenza mira a garantire l'efficienza della pubblica amministrazione per il tramite della trasparenza sulle performance della stessa e, dall'altro, essa mira a prevenire la corruzione, attraverso la trasparenza dei procedimenti e degli assetti organizzativi. È chiaramente collocato su questa seconda linea, il successivo Decreto Legislativo n. 33/2013, il c.d. accesso civico, che ha come obiettivo specifico quello di prevenire e reprimere l'illegittimità della P.A. Con l'art. 1 del d.lgs. n. 33 del 14.03.2013, *di riordino della disciplina sugli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni delle pubbliche amministrazioni* – adottato in attuazione della delega di cui ai commi 35 e 36 dell'art. 1, l. n. 190 del 6.11.2012, di contrasto alla corruzione e all'illegalità nelle pubbliche amministrazioni – il principio della trasparenza subisce una vera e propria trasformazione, traducendosi nel diritto “per tutti i cittadini di aver accesso diretto all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni”⁵. La trasparenza viene ad essere intesa come “*accessibilità totale alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni*”,

³ Decreto legislativo n. 150/2009, Attuazione della legge n. 15 del 4 marzo 2009, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

⁴ “Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni”.

⁵ Cfr. in proposito F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it, n. 8/2013 del 17.4.2013, il quale ha parlato di una vera e propria mutazione *genetica subita*, attraverso tale riforma, dal principio di trasparenza.

al dichiarato fine di “*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*” (art.1, c. 1). Inoltre, la trasparenza, nel momento in cui “*concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino, viene anche ad essere qualificata quale condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali*”. Nella nuova normativa appare evidente, dunque, la duplice declinazione assunta dal principio di trasparenza e dall'obbligo di pubblicazione di documenti, informazioni e dati da parte della pubblica amministrazione. “Da un lato, infatti, essi vengono considerati come argine ai rischi di corruzione e di cattiva amministrazione e trattati quindi nella prospettiva del sospetto verso l'amministrazione. Dall'altro lato, essi sono invece utilizzati come supporto di un'amministrazione aperta e al servizio del cittadino, operante per la soddisfazione dei bisogni della collettività, e declinati quindi nella prospettiva della partecipazione e della fiducia reciproca fra cittadino e amministrazione. Si tratta di due approcci compatibili, ma molto diversi fra loro, di cui è molto importante evidenziare la distinzione”⁶. È importante, però che la trasparenza non venga letta unicamente quale strumento anticorruzione o comunque quale strumento di controllo sull'amministrazione, cristallizzandosi nella rigida separazione che contraddistingue la dinamica controllore/ controllato. Risulta opportuno, quindi, che il principio di trasparenza venga “declinato anche sul piano dell'amministrazione attiva, considerando la trasparenza prima di tutto come presupposto necessario per migliorare la capacità dell'amministrazione di aprirsi alla società e di agire nei suoi confronti con maggiore semplicità, efficacia ed efficienza, come presupposto per favorire quindi la partecipazione

⁶ In questi termini, M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 3/4 del 2013, 658-659, il quale sostiene che: “Da un lato, infatti, la normativa in questione prende in considerazione la pubblica amministrazione per i rischi che nella sua organizzazione e nella sua azione vengano a prodursi fenomeni di corruzione o comunque di “*cattiva amministrazione*”. In tale prospettiva, l'amministrazione viene guardata con sospetto e l'accessibilità delle informazioni viene proposta come argine ai suddetti fenomeni, in virtù della sua idoneità a favorire “*forme diffuse di controllo*”. Chi entra in possesso delle informazioni rimane al di fuori della vicenda legata all'agire amministrativo, si rivolge all'amministrazione dall'esterno, con diffidenza, non interagisce con essa, ne rimane distaccato e percepisce i suoi interventi su un piano diverso rispetto a quello dell'amministrazione attiva, limitandosi a vigilare per cogliere le eventuali disfunzioni, affinché non si verifichino casi di cattiva amministrazione o di abuso. Dall'altro lato, le nuove disposizioni fanno invece riferimento all'amministrazione come organizzazione aperta e al servizio del cittadino, che deve operare con efficienza ed efficacia, in modo da garantire la “*buona amministrazione*” e da raggiungere risultati in grado di soddisfare i bisogni della collettività. In tale prospettiva, l'amministrazione viene guardata con fiducia e l'accessibilità delle informazioni diventa strumentale all'instaurazione di un corretto rapporto fra essa e i destinatari dei suoi interventi e viene finalizzata a rendere più chiari e più comprensibili i modi di questa relazione, a semplificare le procedure e quindi in definitiva a creare le condizioni per il raggiungimento di risultati migliori.”

ad essa da parte dei cittadini⁷. Il legislatore, dunque, riconosce alla trasparenza un ruolo essenziale per il funzionamento del sistema politico istituzionale, fondamento di un vero e proprio diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa, a tal punto che la giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore del presente decreto ha chiarito che quest'ultimo “*si ispira al modello del Freedom of Information Act statunitense, introducendo il principio dell'accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle Pubbliche Amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, pur nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato [...] e di protezione dei dati personali*”.⁸

2. *Il d.lgs. n. 33/2013: il c.d. accesso civico*

La portata più rivoluzionaria di tale riforma legislativa sta sicuramente, a ogni buon conto, nell'introduzione dell'istituto del c.d. “Accesso civico”, totalmente nuovo e differente rispetto al tradizionale diritto di accesso riconosciuto dalla legge sul procedimento (art. 22 e ss. l. n. 241/90).

Con maggiore impegno esplicativo, il decreto prevede che agli obblighi di pubblicazione corrisponda un vero e proprio diritto soggettivo che spetta a “chiunque”, ossia ai cittadini in quanto tali, senza necessità di dimostrare l'interesse qualificato e differenziato⁹ che giustifichi la presentazione dell'istanza

⁷M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione.....città*, 680, il quale più in generale sostiene che “il d.lgs. n. 33/2013 si configura dunque, come almeno provvisorio punto di arrivo di un percorso che da più di vent'anni è rivolto ad affermare la pubblicità e la trasparenza come principi cardine per l'attività e per l'organizzazione amministrativa, a disciplinare gli obblighi di informazione e di comunicazione della pubblica amministrazione, a garantire i diritti di informazione e di accesso dei cittadini, a sviluppare l'uso delle tecnologie informatiche al fine di migliorare e rendere più accessibile e aperto il sistema informativo pubblico. Nel suddetto decreto confluiscono le molteplici direzioni seguite lungo questo percorso, sia quelle rivolte ad enfatizzare la realizzazione dei diritti di informazione del privato come situazione a sé stante e autonomamente rilevante, sia quelle rivolte ad enfatizzare la dimensione partecipativa dell'attività amministrativa, nella quale lo scambio di informazioni e la capacità di comunicare dell'amministrazione rivestono un ruolo centrale”. In particolare, l'Autore da ultimo osserva come «[...] il diritto alla conoscibilità delle informazioni e dei dati si spinge fino a veder garantite non solo le condizioni del loro reperimento da parte di chi è interessato ad essi, ma anche quelle del loro ritrovamento e/o della loro connessione “casuale”, ispirata al limite dalla mera curiosità, con il rischio che l'accessibilità delle informazioni finisca con il favorire, anziché la trasparenza dell'amministrazione e la realizzazione del diritto all'informazione, l'esercizio di una sorta di “voyeurismo” amministrativo da parte di chiunque abbia accesso al web».

⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 18 luglio 2013, n. 1904, in www.gazzettaamministrativa.it.

⁹ L'articolo 22, c. 1, lett. b), l. n. 241/1990, invece, delinea i soggetti interessati all'accesso, definendoli come “tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici e diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridica-

ostensiva¹⁰. Per come è strutturata, tale innovativa forma di accesso si articola

mente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". L'esigenza di un interesse diretto, concreto ed attuale è funzionale ad escludere che l'istituto consenta indistintamente a tutti i privati il potere di esercitare un controllo generalizzato sull'operato della P.A. Il Consiglio di Stato ha sottolineato che "l'interesse che legittima la richiesta di accesso ai documenti amministrativi va considerato in termini particolarmente ampi tutte le volte in cui esso risulta funzionale alla tutela di vaste categorie di soggetti, coinvolti nell'esercizio di funzioni amministrative o nell'espletamento di servizi pubblici" (Cons. St., sez. V, n. 127 del 16.1.2004). Il Consiglio di Stato ha anche affermato che "l'interesse che legittima la richiesta di accesso, oltre ad essere serio e non emulativo, deve essere personale e concreto, ossia ricollegabile alla persona dell'interessato da uno specifico nesso [...] la legittimazione all'accesso va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita, distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto" (Adunanza Plenaria n.7 del 24.4.2012).

¹⁰ Molto dibattuta è stata la tesi sulla natura giuridica del diritto di accesso, essendo questo stato configurato in dottrina e giurisprudenza, sia come diritto soggettivo (tale tesi fa leva essenzialmente sul carattere vincolato dei poteri rimessi all'amministrazione in sede di esame dell'istanza di accesso, poteri aventi ad oggetto la mera ricognizione della sussistenza dei presupposti di legge e l'assenza di elementi ostativi all'accesso. Detta tesi risulta corroborata dall'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione; dalla riconduzione del giudizio in tema di accesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e dall'espressione letterale di cui all'art. 22, c. 1, lett. a), della l. n. 241/1990), sia come interesse legittimo (V. Cons. St., Adunanza Plenaria. n. 16/1999, che ha messo, altresì, in luce come: "Il legislatore, pur avendo qualificato come diritto la posizione di chi ha titolo ad accedere ai documenti amministrativi, in considerazione degli interessi pubblici coinvolti ha disposto all'art. 25, c. 5, un termine perentorio entro il quale è proponibile un ricorso contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso. La tutela del diritto di accesso è stata così riferita all'impugnazione di un provvedimento autoritativo dell'Amministrazione. Il termine diritto più volte adoperato nel suo senso più generico dal legislatore negli articoli da 22 a 25, va interpretato alla luce della norma che prescrive il termine perentorio per la proposizione del ricorso, nonché delle regole generali del processo amministrativo di legittimità [...] Più in generale è ravvisabile la posizione di interesse legittimo, tutelata dall'art. 103 della Cost., quando un provvedimento amministrativo è impugnabile, come di regola, entro un termine perentorio, pure se esso incide su posizioni che, nel linguaggio comune, sono più spesso definite come di *diritto*"). L'A. P. è tornata ad esprimersi sulla natura giuridica del diritto di accesso con la decisione n. 6 del 18 aprile 2006, dove ha preferito non assumere una posizione netta sulla questione, sul presupposto della natura strumentale del diritto di accesso a tutela di altra posizione giuridica comunque tutelata dal legislatore, sia essa di diritto od interesse. Come rileva, peraltro, la stessa A. P. "La questione nondimeno è rimasta aperta anche dopo l'intervento dell'A. P., rinvenendosi nella giurisprudenza di questo Consiglio- insieme a pronunce in linea con la decisione suddetta- (Sez. V, n. 1969/2004; n. 5034/2003) decisioni che propendono ancora per la configurabilità dell'accesso in termini di diritto soggettivo (Sez. VI, n. 1679/2005 e n. 2938/2003), M. MIRABELLA, *Il diritto di accesso*, in M. MIRABELLA (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 698-700. Sul punto vi sono tesi dottrinarie che propendono per l'una o l'altra qualificazione. Tra tutti, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, 2328 ss., afferma che "nel caso di accesso ai documenti contenenti dati di terzi, la posizione del richiedente sarebbe di interesse legittimo, poiché sussiste un potere discrezionale della p.a. di bilanciare le contrapposte esigenze, dando

principaliter in due fasi: la prima vede come protagonista la pubblica amministrazione, la quale proattivamente si adopera al fine di predisporre tutte le *condiciones* necessarie per il suo concreto esercizio, attraverso la pubblicazione di quanto disposto *ex lege*, la seconda, invece, è affidata al cittadino, il quale, attraverso un controllo responsabile sull'operato dei pubblici poteri, partecipa (impropriamente) alla *res publica*, individuando gli obblighi di pubblicazione inadempiti. Proprio con riferimento a questo ultimo segmento procedimentale di "competenza" del privato, si è evidenziata immediatamente la debolezza di tale forma di accesso, poiché meramente successiva ad un inadempimento di legge.

Più dettagliatamente, l'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 riconosce, in caso di inadempimento dell'obbligo di pubblicazione, un diritto di accesso civico attivabile da chiunque, quasi nella forma dell'azione popolare¹¹, con l'obiettivo di indurre le Pubbliche Amministrazioni, ad ottemperare agli obblighi di pubblicazione, presentando al responsabile della trasparenza della P.A. una richiesta di accesso non sottoposta a limitazione alcuna quanto alla legittimazione attiva del richiedente, senza che incomba su quest'ultimo alcun gravoso onere motivazionale, e per di più, gratuitamente. La trasparenza amministrativa, in seguito all'introduzione del d.lgs. n. 33/2013, sembra aver acquisito una centralità tale nel nostro ordinamento da poterle dedicare anche un codice di settore.¹² Si può osservare che nel d.lgs. di cui sopra, pensato come catalogo sistematico di obblighi di pubblicazione online di dati, documenti e informazioni da riversare nelle apposite sezioni "amministrazione trasparente" dei siti web istituzionali, la trasparenza amministrativa tende a sovrapporsi concettualmente con la pubblicità, dimenticando il ruolo strumentale che la seconda riveste ai fini della realizzazione della prima¹³.

prevalenza all'una piuttosto che all'altra; nel caso in cui gli atti oggetto di accesso siano privi di tali dati, viceversa, la posizione del privato dovrebbe qualificarsi in termini di diritto soggettivo, stante l'assenza di poteri discrezionali in capo all'amministrazione".

¹¹ Fino al d.lgs. n. 33/2013, infatti, la facoltà di accedere agli atti e ai documenti della pubblica amministrazione presentava limiti evidenti: se da un lato veniva data ai cittadini la possibilità di accedere agli atti, dall'altro venivano fissati confini difficili da oltrepassare, tra cui il divieto di controllo diffuso sull'operato della pubblica amministrazione, profilo, quest'ultimo, oggi ampiamente dibattuto. Per approfondimenti, si veda N. PAOLANTONIO, *L'accesso alla documentazione amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, 270 ss.

¹² Cfr., in proposito, A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Ist. del Fed.*, 2013, III-IV, 725 ss., specialmente nella parte in cui l'Autore interpreta il d.lgs. n. 33/2013 come "codice della trasparenza" in ragion della circostanza per cui tale testo "[...] contiene molto più che un mero riordino degli obblighi di pubblicazione posti a carico delle pubbliche amministrazioni, in quanto interviene a modificare in termini profondamente innovativi il regime di conoscibilità dei dati pubblici del nostro ordinamento". Vd., anche, E. CARLONI, *I principi del codice della trasparenza*, in B. PONTI, *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, Maggioli ed., 2013, 29 ss.

¹³ Vd. ANNA SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*

Si può, inoltre, affermare che i principi di trasparenza e di pubblicità non sono sovrapponibili, giacché la trasparenza rappresenta la sintesi di una serie di strumenti aventi differenti funzioni e natura, ma accumulati dalla capacità di rendere visibile ed accessibile ai singoli l'attività della pubblica amministrazione, richiedendo un surplus qualitativo riassumibile nella capacità di assicurare un flusso informativo reale ed efficace, che non può essere accumulato alla mera ostensione al pubblico di dati e documenti¹⁴. Si può rilevare che però la traspa-

in *Diritto amministrativo*, 2013, IV, 758, laddove l'Autrice rileva che "la definizione oggi espressa all'inizio del d.lgs. n. 33/2013 parrebbe [...] segnare una svolta nella direzione della tendenziale coincidenza fra trasparenza e pubblicità, nonostante le singole disposizioni che compongono l'articolato, dimostrino che in realtà l'obbligo di trasparenza/pubblicità opera concretamente in ambiti determinati". Sulla distinzione teorica tra i concetti di "trasparenza e "pubblicità" si veda, il contributo di M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAIFFA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, 143 ss. Si richiama quanto osservato in S. VACCARI, *L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della «trasparenza amministrativa»*, in *Jus-online*, 2015, III, 7-8, dove si è sottolineato come "l'attività di pubblicizzare rimanda ad un'operazione di tipo statico consistente nella mera estrinsecazione di un complesso di conoscenze e di informazioni sulla base di obblighi di fonte legale. A contrario, il concetto di trasparenza, non equipollente all'accennata pubblicità, non può trovare un rapporto di identità nella mera ostensione al pubblico dei dati informativi, bensì partecipa di un elemento aggiuntivo, definibile come momento dinamico, legato a precise caratteristiche qualitative quali chiarezza, comprensibilità ed intelligibilità delle informazioni precedentemente pubblicate. Si assiste dunque, ad un tipico rapporto da mezzo a fine, ove mezzo è la pubblicità la quale, allorché cumula a sé determinate caratteristiche che consentano la comprensibilità del dato, raggiunge il fine rappresentato dalla trasparenza".

Non ci si esime anche dal riportare la chiara riflessione, sul punto, di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, 411: «da pubblicità è fondamentale, ma è solo il passaggio intermedio per uscire dal segreto e arrivare alla trasparenza. Il segreto è infatti non conoscibilità, non conoscenza e quindi non comprensione. La pubblicità è conoscibilità, ma non necessariamente conoscenza. La trasparenza è insieme conoscenza e comprensione. Una informazione pubblica è un'informazione conoscibile, ovvero è una potenziale fonte di conoscenza; ma affinché si abbia il passaggio dalla pubblicità alla trasparenza è necessario il passaggio dalla conoscibilità alla conoscenza vera e propria, su cui può a sua volta fondarsi la comprensione. Pertanto, assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa vuol dire assicurare la conoscenza reale, vera, di tale attività, quella che consente la comprensione e di conseguenza anche il controllo. ». Sui profili qualitativi della trasparenza amministrativa vd., anche, M. R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'amministrazione*, in *Studi in onore di Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, III, 1435.

¹⁴ F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Scritti in memoria di ROBERTO MARRAMA*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 1 ss. afferma: "[...] la pubblicità non coincide con la trasparenza, anche se ne costituisce uno dei possibili elementi. La pubblicità è un mero stato di fatto dell'atto, dell'organizzazione o del procedimento, mentre la trasparenza è chiarezza e comprensibilità dell'azione amministrativa. In questo senso sarebbe pubblico, ma non espressione di trasparenza l'atto regolarmente pubblicato all'albo o su un sito internet, ma in periodo festivo o abilmente occultato oppure atti accessibili, ma equivoci, oscuri e pertanto non comprensibili all'accidente. Insomma, la trasparenza è un *quid pluris* sia rispetto alla pubblicità che

renza, quale risulta all'articolo 4¹⁵ del d.lgs. n. 33 del 2013, non può ancora considerarsi come accessibilità totale oltre l'ambito dell'obbligo di pubblicazione, dato che tale articolo – poi abrogato dal d.lgs. n. 97/2016 – prevedeva una forma di pubblicità facoltativa. Si può ritenere che il sistema delineato dal d.lgs. n. 33 del 2013 ha previsto la coesistenza di due diverse nozioni di trasparenza¹⁶, ciascuna delle quali presidiata da un proprio regime giuridico: una trasparenza come pubblicità per le informazioni, per le quali è previsto un obbligo di pubblicazione ed una trasparenza come accessibilità *ex lege* 241 del 1990 per gli atti amministrativi (e non per le informazioni) non soggetti ad obblighi di pubblicità¹⁷.

La giurisprudenza, chiamata ad interpretare le disposizioni normative *de quibus*, ha chiarito che, in sostanza, con l'accesso civico è stato introdotto “*il potere di cittadini ed enti di controllare democraticamente se una amministrazione pubblica abbia adempiuto gli obblighi di trasparenza previsti dalla legge. Ove tale adempimento non vi sia stato, il predetto potere si estrinseca nella facoltà di esercizio dell'accesso civico, ovvero di richiedere alla amministrazione inadempiente i medesimi documenti, informazioni, dati, [...] sicchè la p.a. può respingere l'istanza di accesso civico esclusivamente contestando la ricorrenza del presupposto normativo*”¹⁸. Il diritto di accesso civico è costruito come un diritto inteso nell'ottica di un controllo generalizzato dell'operato della P.A. Il diritto in questione persegue l'obiettivo di garantire e tutelare l'interesse generale alla correttezza dell'attività amministrativa, che si compendia “*nella cultura del rispetto e della lealtà verso i destinatari dell'esercizio della funzione amministrativa*”¹⁹.

allo stesso diritto di accesso, imponendo all'amministrazione il dovere di agire correttamente, al di là delle mere prescrizioni formali della norma, nella consapevolezza che la democrazia ha bisogno di un'esplicitazione comprensibile del potere [...] la trasparenza, esplicitamente inserita nell'art. 1 della legge sul procedimento dalla novella del 2005, va oltre gli obblighi procedurali, poiché richiede una comprensibilità dell'azione amministrativa”.

¹⁵ Articolo 4 c.3 del d.lgs. n. 33/ 2013 “*Le pubbliche amministrazioni possono disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l'obbligo di pubblicare ai sensi del presente decreto o sulla base di specifica previsione di legge o regolamento, fermi restando i limiti e le condizioni espressamente previsti da disposizioni di legge, procedendo alla anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti*”.

¹⁶ “*Da intendersi in linea generale come oggetto di un nuovo servizio pubblico di erogazione di conoscenza e condivisione di un ampio patrimonio conoscitivo/informativo detenuto dalle pubbliche amministrazioni, applicativo dei principi propri della pubblica amministrazione, di cui all'articolo 97 Cost., e degli altri principi costituzionali di cui all'art. 1, 2 e 21 Cost*”, S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, 2, *Relazione al Convegno AIPDA, Decisioni amministrative e processi deliberativi*, 5-6-7 ottobre 2017, in www.diritto-amministrativo.org.

¹⁷ A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Rivista Sicurezza e scienze sociali*, 2016, II, 238.

¹⁸ *Così*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 19 marzo 2014, n. 301, in giustizia-amministrativa.it.

¹⁹ Cfr. S. TOSCHEI, *Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo Italia*, *Intervento al Convegno “Anticorruzione e trasparenza: analisi dell'impatto normativo nell'ente locale”* – Frascati, 15 luglio 2013, in cui si rinvia per un'attenta analisi delle assonanze e delle dissonanze tra accesso civico ed accesso documentale.

Con le disposizioni dettate dal d.lgs. n. 33/2013, in materia di pubblicità, trasparenza, diffusione di informazioni da parte della p.a., “*si è, infatti, inteso procedere al riordino della disciplina, volta ad assicurare a tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l’attività delle p.a., al fine di attuare il principio democratico ed i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, [...] quale integrazione del diritto ad una good administration*”²⁰. In altre parole, va comunque evidenziato che il diritto di accesso civico non sostituisce il diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui alla l. n. 241/1990, in quanto i due istituti continuano a convivere con le loro peculiari caratteristiche²¹ nel nostro ordinamento, poiché rispondono a finalità diverse²².

²⁰ *Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515*, in www.neldirittoeditore.it.

²¹ Il diritto di accesso civico, già *prima facie*, presenta evidenti differenze rispetto all’accesso classico di cui alla l. n. 241 del 1990. Infatti, i soggetti legittimati ad esercitare il diritto di accesso *ex art. 22* sono i privati che “abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale”, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui è chiesta l’ostensione, mentre il legislatore del 2013 ha riconosciuto a “chiunque” il diritto di chiedere copia della documentazione che avrebbe dovuto essere pubblicata sul sito istituzionale della amministrazione; l’istanza di accesso civico non deve essere motivata attraverso l’esposizione delle ragioni sottese alla richiesta, mentre l’art. 25 della legge sul procedimento statuisce che la “richiesta di accesso deve essere motivata”. Ancora, poiché l’accesso civico è collegato ad un precedente inadempimento della p.a. di un obbligo di legge, a differenza dell’accesso tradizionale, è gratuito; il destinatario della domanda, in caso di accesso civico, è il Responsabile per la trasparenza, mentre nell’accesso ordinario la domanda viene presentata generalmente all’Ufficio Relazioni con il pubblico (anche se il responsabile dei relativi procedimenti è il vertice dell’ufficio che ha formato l’atto o che lo detiene stabilmente); infine, per quanto concerne l’oggetto, l’accesso civico può concernere solamente quegli atti la cui pubblicazione sia obbligatoria, richiamata, per ampi settori, nella seconda parte del decreto *de quo*, mentre l’esercizio dell’accesso ai documenti amministrativi è strettamente condizionato all’esistenza materiale di un documento amministrativo già formato. Anche sotto il profilo contenutistico i due istituti si differenziano notevolmente, in quanto l’esercizio dell’accesso ai documenti amministrativi è strettamente condizionato all’esistenza materiale di un documento amministrativo già formato ed alla dimostrazione della sua idoneità ad essere utilizzato per tutelare o difendere la posizione soggettiva vantata dal richiedente, e non, invece, come nel caso dell’accesso civico, esclusivamente diretto all’acquisizione di documenti, dati o informazioni (per i quali esiste un obbligo normativo di pubblicazione) in virtù di una pretesa azionabile riconosciuta a chiunque ne faccia richiesta, in un’ottica di controllo diffuso sull’operato dell’amministrazione.

²² Sulla coesistenza del diritto di accesso “civico”, da un lato, e tradizionale “a legittimazione ristretta”, dall’altro, nonché sui loro tratti distintivi, cfr. *Cons. St., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 5515*, in *Foro amministrativo*, 2013, XI, 3166, nella parte in cui, per quanto qui occorre, si ribadisce esplicitamente che «[...] le nuove disposizioni, dettate con d.lgs. 14.3.2013, n. 33 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni disciplinano situazioni, non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l’accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241, come successivamente modificata ed integrata». In dottrina, sul punto, si segnalano le considerazioni di B. PONTI, *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa on-line*, in www.neldiritto.it, il quale individua la principale differenza tra l’accesso tradizionale di cui alla l. n. 241/1990 e il nuovo istituto del c.d. «accesso civico»

3. *I caratteri del c. d. “decreto Trasparenza”*

Con la legge delega n. 124/2015, recante “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, si è avviato un processo rivoluzionario di riforma della pubblica amministrazione. In particolare, tale legge ha delegato il Governo ad adottare “uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del d.lgs. n. 33/2013, in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Più nel dettaglio, per quanto concerne in linea generale la ridefinizione dell’oggetto del d.lgs. n. 33/2013²³, lo schema di decreto, modificando l’art. 2 del decreto ultimo in questione, recita che “*le disposizioni del presente decreto disciplinano la libertà di accesso di chiunque ai dati ed ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all’art. 2 bis, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l’accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione*”. Tale modifica “pare assai rilevante, poiché mette in evidenza come lo scopo della normativa in materia di trasparenza non sia (più), in primis, quello di ottenere la pubblicazione di documenti in possesso della pubblica amministrazione, ma [...] piuttosto (e molto più correttamente), quello di garantire la libertà di accesso a dati e documenti in possesso della pubblica amministrazione: «tramite l’accesso civico» in primis, e solo in subordine «tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati»²⁴.

Di conseguenza, viene introdotto da tale schema di decreto una ulteriore forma di accesso²⁵, non più inteso come sanzione susseguente l’inadempimento

nella distinzione che sussiste, in punto di legittimazione, tra un «need to know» (proprio della legittimazione ristretta di cui all’art. 22 della legge generale sul procedimento amministrativo) e un (differente) «right to know» come base di un (nuovo) sistema di «open government» ideato dal d.lgs. 33/2013. Egli, infatti, osserva che «agli obblighi di pubblicazione corrisponde dunque non un need to know (una conoscenza utile al soddisfacimento di un interesse, di un bisogno particolare), ma un vero right to know. Un diritto conseguentemente assistito da un meccanismo di implementazione (in caso di inadempimento dell’obbligo di pubblicazione) attivabile da chiunque, quasi nella forma dell’azione popolare». In argomento, anche, F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione*,cit., 6.

²³Novità confermate anche dal cd. Decreto FOIA (d.lgs. n. 97/2016), che ha provveduto alla riscrittura dell’art. 2 del d.lgs. n. 33/2013.

²⁴Così, D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del d.lgs. n. 33/2013*, contributo in *www.federalismi.it*, 8.

²⁵“Lo schema di nuovo provvedimento ribalta l’attuale impostazione normativa in tema di trasparenza sotto un duplice profilo. Innanzitutto, riconosce al cittadino un vero e proprio diritto alla richiesta di atti inerenti alle pubbliche amministrazioni, a qualunque fine e senza necessità di motivazioni: dunque, la disclosure non è più limitata a quelle informazioni riguardo alle quali egli sia titolare di un interesse specifico e qualificato (“diretto, concreto e attuale”) idoneo a “motivare” la sua istanza di accesso, come disposto dalla legge sul procedimento amministrativo (l. 241/90).

degli obblighi di pubblicazione da parte della p.a., ma come un vero e proprio diritto di accesso ai dati e documenti pubblici²⁶, che pare trovare la propria fonte di ispirazione in ciò che nei sistemi di origine anglosassone viene definito con l'acronimo di FOIA (Freedom of Information Act²⁷): infatti, tale nuova forma di accesso, concerne non solo le ipotesi in cui esistano specifici obblighi di pubblicazione, ma anche dati e documenti per cui tali obblighi non sussistono²⁸. Emerge da quanto detto fino ad ora, un dato incontestabile: nella disciplina originaria dell'accesso civico di cui al d.lgs. n. 33/2013, quest'ultimo è stato considerato strumentale e successivo rispetto all'(in)adempimento dell'obbligo di pubblicazione, mentre nei sistemi che si sono ispirati al FOIA, il fine principale è quello di accedere alle informazioni. Nel sistema Foia, dunque, la regola generale è costituita dalla pubblicità, rispetto alla quale il limite della riservatezza viene a rappresentare una eccezione, che gli operatori del diritto, amministratori e corti giurisdizionali, interpretano in maniera restrittiva; per contro, nel modello delineato dal d.lgs. n. 33/2013, la pubblicità non sembra ancora imporsi come vera e propria regola generale, tanto ciò vero che essa opera solamente nei limiti in cui è imposta dalla legge. A seguito della riforma Madia, la pubblicità, seppur non diviene ancora regola generale, permette comunque una riduzione delle distanze tra il nostro modello e il cd. Modello Foia: e ciò è reso possibile attraverso il riconoscimento dell'accessibilità anche ai dati ed ai documenti non oggetto di pubblicazione. Il diritto di accesso civico ha una consistenza di diritto soggettivo,

In secondo luogo, il decreto in discorso aggiunge alla preesistente trasparenza di tipo "proattivo", ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle notizie indicati dalla legge (d.lgs. 33/2013), una trasparenza di tipo "reattivo", cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (from need to right to know, nella definizione inglese F.O.I.A), si realizza in pieno e rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una «casa di vetro», tratto dal parere del Cons. St. n. 515/2016 del 18 febbraio sullo schema di decreto *de quo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Sicchè, "[...] non si comprende l'utilità di lasciare il comma 1 del nuovo articolo 5, che si limita a consentire l'accesso civico ai documenti da pubblicare e che appare ora *del tutto assorbito dal più ampio accesso di cui al comma 2 e può essere espunto*", Cons. di St. nel parere n. 515/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ Per un'analisi del sistema F.O.I.A. statunitense, dall'angolo visuale della dottrina italiana, cfr., quantomeno, E. CARLONI, *La qualità delle informazioni diffuse dalle amministrazioni negli Stati Uniti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, XI, 1232 ss.; G. GARDINI, *Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Regione e governo locale*, 1992, V, 757 ss.; nonché G. ARENA, *La "Legge sul diritto alla informazione" e la pubblicità degli atti dell'Amministrazione negli Stati Uniti*, in *Pol. dir.*, 1978, III, 279.

²⁸ Non può farsi a meno di evidenziare una certa simmetria tra i principi ispiratori della cd. Riforma Madia e la disciplina sulla trasparenza e l'accesso alle informazioni dettata in materia ambientale, in particolare sotto il profilo soggettivo della legittimazione all'accesso alle informazioni.

vi è per il cittadino una certezza di spettanza della pretesa informativa, in seguito alla configurazione della struttura normativa della fattispecie che ha costruito il rapporto giuridico cittadino – P.A. nei termini di rapporto diritto-obbligo²⁹. Tale quadro si è complicato con la successiva riforma intervenuta attraverso il recente d.lgs. n. 97/2016. Infatti, il legislatore, onde evitare che la trasparenza si risolvesse in un mero adempimento legalistico e burocratico, ha deciso di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto dell'accesso civico originario. Si è previsto che il *civis* possa pretendere di visionare qualsiasi dato o documento detenuto dalla P.A., nel rispetto di una serie cospicua di limiti a presidio di interessi giuridicamente rilevanti. Si è contribuito a creare un qualcosa che, difficilmente da punto di vista strutturale, non può essere inquadrato come “diritto soggettivo”. “La riforma appare [...] rilevante perché interessa – profondamente – l'apparato pubblico nel suo complesso, ma anche perché guarda all'esterno di tale apparato e mira a incidere sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, in una visione olistica che mette al centro il destinatario del servizio pubblico e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo”³⁰. Tra le novità introdotte dal d.lgs. n. 97/2016, vi è quella concernente la modifica dell'istituto dell'accesso civico³¹, che diviene più esteso rispetto al dettato normativo precedente e che assume, quindi, una connotazione equivalente al c.d. Foia, proprio, come presente nei sistemi anglosassoni. “*Questa nuova forma di accesso prevede che chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, può accedere a tutti i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati dalla legge. Si tratta, dunque, di un regime di accesso più ampio di quello previsto dalla*

²⁹ Tale diritto soggettivo si correla pertanto ad un obbligo dell'amministrazione, la cui fonte genetica non è tanto la richiesta delle facoltà insite nella posizione giuridica soggettiva dell'istante, bensì la fonte legale che grava le diverse amministrazioni degli obblighi corrispondenti ai diversi capi di cui al d.lgs. n. 33/2013. Non si può parlare di una conoscibilità avente un oggetto onnicomprensivo, ossia tale da ricomprendere ogni dato, documento, informazione detenuta dalla pubblica amministrazione, ma si presenta come diritto limitato in relazione agli specifici e soli obblighi di pubblicazione- previo inadempimento della PA- elencati nel d.lgs. n. 33/2013.

³⁰ Cons. St., parere n. 343/2016 del 18 febbraio 2016, reso sullo schema di decreto legislativo “Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, consultabile presso la banca dati istituzionale della Giustizia amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹ “Rimane inalterato quanto disposto dal comma 1 dell'art. 5, d.lgs. n. 33 del 2013, che sancisce il diritto di accesso ai documenti sui quali grava l'onere di pubblicazione. Il comma 2 introduce il nuovo diritto di accesso. Entrambe le fattispecie sono accomunate sotto la medesima definizione di accesso civico, anche se quest'ultimo è esercitabile nei confronti di una serie definita di documenti (quelli per i quali è prevista la pubblicazione), mentre quello introdotto dall'articolo in esame, al contrario, è di tipo aperto, avendo ad oggetto una serie più ampia di dati e documenti, con i limiti individuati dal successivo art. 5-bis”, così, breve commento sul d.lgs. n. 97/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

versione originaria dell'art. 5, D.lgs. n. 33/2013, in quanto consente di accedere non solo ai dati, alle informazioni e ai documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione (per i quali permane, comunque, l'obbligo dell'amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso in cui non fosse già presente sul sito istituzionale), ma anche ai dati e documenti per i quali non esiste l'obbligo di pubblicazione e che l'amministrazione deve quindi fornire al richiedente".³²

4. I limiti al nuovo accesso civico: più rigorosi o meno rigorosi di quelli di cui all'articolo 24 della legge 241/1990?

Altra importante novità introdotta del d.lgs. 97/2016 è l'articolo 5-bis che prevede ipotesi di esclusione del "nuovo" accesso civico³³. L'art. 5-bis al comma 1 prevede i casi in cui il rifiuto della richiesta di accesso si renda necessario per evitare un pregiudizio concreto³⁴ alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti: sicurezza pubblica e ordine pubblico, sicurezza nazionale, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, politica e stabilità finanziaria ed economica

³²Così si legge nella relazione illustrativa del Governo al d.lgs. n. 97/2016, in *www.funzionepubblica.gon.it*.

³³ Il nuovo "diritto di accesso civico" (denominato dall'A.N.A.C. come "generalizzato") gode di effettività soltanto laddove esso prevalga - nella fattispecie concreta e in esito al complesso giudizio di bilanciamento amministrativo discrezionale - sui possibili interessi antagonisti che rivestono il ruolo di "limite" all'ostensione del dato o documento richiesto e che, pertanto, possono legittimamente precludere nel singolo caso l'istanza di trasparenza amministrativa. Senonché, la tecnica normativa adottata dal legislatore per identificare i suddetti limiti all'accesso civico segue una formulazione per "clausole generali" che, a fronte dell'ampiezza semantica delle diverse e plurime categorie, rischia di rovesciare in concreto l'enunciato rapporto regola-eccezione tra trasparenza/ riservatezza in favore della seconda, con il serio pericolo di vanificare il senso complessivo della riforma [...] è agevole constatare il numero oltre che la genericità (se non la vaghezza) di tali clausole generali di limite, le quali, invece di porsi in rapporto di stretta eccezione rispetto alla regola generale di trasparenza, consegnano in dotazione ai singoli funzionari amministrativi, un'arma in grado di opporre un legittimo diniego all'accesso pressoché in ogni fattispecie concreta. E, infatti, pare difficile poter dubitare che qualsiasi istanza di accesso civico generalizzato abbia interferenze e, dunque, si intrecci con uno di tali plurimi interessi pubblici e privati", S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili...*, cit., 10-12.

³⁴ Il riferimento alla concretezza del pregiudizio è stato introdotto dal d.lgs. n. 97 del 2016; lo schema del decreto legislativo non faceva, infatti, riferimento alla concretezza del pregiudizio arrecato dall'accesso civico alla tutela di determinati interessi pubblici e privati. Si ha concretezza di pregiudizio, secondo l'A.N.A.C., quando sussiste un preciso nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio, dovendo l'amministrazione non limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma, piuttosto a: a) indicare chiaramente quale - tra gli interessi elencati all'art. 5-bis, commi 1 e 2, venga pregiudicato; b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipenda direttamente dalla *disclosure* dell'informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla *disclosure* sia un evento altamente probabile, e non soltanto possibile. A.N.A.C., *Linee Guida Foia*, 28 DICEMBRE, 2016, 11.

dello Stato, conduzione di indagini sui reati e loro perseguimento, regolare svolgimento di attività ispettive. Ai sensi del comma 2 dell'art. 5-*bis*, la nuova forma di accesso civico deve essere rifiutata anche quando «il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali». Secondo la disposizione del comma 2 dell'art. 5-*bis* del d.lgs. 33 del 2013, quindi, il nuovo accesso civico deve essere rifiutato ove il diniego sia necessario per evitare un pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina vigente in materia. La disposizione in esame richiama, dunque, espressamente la disciplina in materia di protezione dei dati personali contenuta sia nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice della privacy, che nella l. n. 241 del 1990. L'art. 59 del Codice della privacy rinvia espressamente alla disciplina contenuta nella l. n. 241/1990 laddove si precisa che i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge del 1990, oltre che dalle altre disposizioni di legge in materia e dai relativi regolamenti di attuazione. Con riguardo all'ipotesi di accesso generalizzato avente ad oggetto i dati, il Garante per la protezione dei dati personali rammenta, in primo luogo che, «ove i dati personali dei quali si chiede l'accesso siano dati personali del richiedente (interessato), tale accesso deve essere disciplinato dagli artt. 7 e 8 del Codice della Privacy e, in secondo luogo che, per quanto riguarda il trattamento e la libera circolazione dei dati personali, si deve applicare la disposizione di cui all'art. 11³⁵ del Codice della Privacy». Quindi, anche il nuovo accesso generalizzato ai dati e ai documenti che contengono dati personali deve essere esercitato nel rispetto della disciplina contenuta nella l. n. 241 del 1990 e nel Codice della privacy³⁶ e

³⁵ Articolo 11 «1. I dati personali oggetto di trattamento sono: a) trattati in modo lecito e secondo correttezza; b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi; c) esatti e, se necessario, aggiornati; d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati. 2. I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati».

³⁶ Con riguardo all'ipotesi di accesso generalizzato avente ad oggetto i dati, il Garante per la protezione dei dati personali rammenta, in primo luogo che, ove i dati personali dei quali si chiede l'accesso siano dati personali del richiedente (interessato), tale accesso deve essere disciplinato dagli artt. 7 e 8 del Codice della Privacy e, in secondo luogo che, per quanto riguarda il trattamento e la libera circolazione dei dati personali, si deve applicare la disposizione di cui all'art. 11 del Codice della Privacy.

consentito, quindi, solo previa ponderazione da parte dell'amministrazione tra i due interessi contrapposti, trasparenza e riservatezza e, in ogni caso, garantito al richiedente con riguardo ai documenti la cui conoscenza sia necessaria, secondo la valutazione dell'amministrazione, per curare o difendere i suoi interessi giuridici³⁷. Il Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del decreto legislativo attuativo aveva espresso la preoccupazione che proprio l'ampiezza delle eccezioni previste dall'art. 5-*bis* del d.lgs. 33/2013 all'esercizio dell'accesso civico potesse indurre le amministrazioni pubbliche «*ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza*», con il conseguente rischio che l'eventuale ulteriore previsione di eccezioni al “nuovo” accesso civico potesse ragionevolmente aumentare le perplessità circa la concreta efficacia del decreto attuativo³⁸. *Dal punto di vista oggettivo, invece, i limiti applicabili alla nuova forma di accesso civico (di cui al nuovo art. 5 bis D.lgs. n. 33/2013) sono più ampi e dettagliati rispetto a quelli indicati dall'art. 24 della l. n. 241/90, consentendo alle amministrazioni di impedire l'accesso nei casi in cui questo possa compromettere alcuni rilevanti interessi pubblici generali*³⁹.

5. L'attuazione dell'accesso civico generalizzato

Il legislatore ha pensato di incaricare un soggetto dell'arduo compito di definire in maniera concreta l'ampia gamma di limiti di cui all'art. 5- *bis*⁴⁰ dell'ac-

³⁷In proposito, M. CLARICH, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, III; M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. del fed.*, 2013, II; S. VACCARI, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013*, in *Dir. ec.*, 2015; M. LIPARI, *L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza*, in www.giustamm.it.

³⁸ Cons. St., Parere n. 515/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹Così si legge nella relazione illustrativa del Governo al d.lgs. n. 97/2016, in funzionepubblica.gov.it. L'art. 5 del menzionato decreto, in particolare, prevede che “chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dall'art. 5 *bis*”. Tale disposto finale elenca casi di esclusione dall'accesso civico che, allo stato dell'arte, appaiono generici e, quindi, sembrano richiedere una prima fase applicativa per delinearne al meglio i contorni.

⁴⁰ Fortemente critico rispetto alla tecnica di formulazione normativa dei “limiti” all'accesso civico E. CARLONI, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Rassegna Astrid*, 2016, IV, 1. L'Autore, in particolare, mette in luce l'esigenza di “[...] definire nel senso di delimitare i limiti. Che ci sia bisogno di un'attenzione specifica rivolta a circoscrivere i limiti individuati nella recente legislazione italiana, pare chiaro se poniamo attenzione all'ampiezza ed attenzione riconosciuta alle ragioni del riserbo nella definizione di nomina degli interessi contrapposti e la connessa debolezza di meccanismi di bilanciamento individuati dalla legislazione”. Contra, M. SAVINO; *IL FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertolo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, V, 599, il quale ritiene gli interessi-limite in linea con gli standard prevalenti in materia di regimi FOIA.

cesso civico. Tale soggetto è stato individuato nell'A.N.A.C. che ha approvato nella seduta del 28 dicembre 2016 apposite Linee guida operative⁴¹ per l'attuazione dell'accesso generalizzato. Il documento ha ottenuto l'intesa del Garante della privacy, il parere favorevole della Conferenza unificata e ha recepito le osservazioni formulate dagli enti territoriali. Nella medesima seduta il Consiglio dell'A.N.A.C. ha approvato, inoltre, le prime Linee guida sull'attuazione degli obblighi di pubblicazione previsti dal decreto Trasparenza (d.lgs. 97/2016). Tra le modifiche di maggior rilievo previste dalla normativa vi è l'introduzione di nuove sanzioni pecuniarie per i soggetti inadempienti, che d'ora in poi saranno irrogate direttamente dall'A.N.A.C., e l'unificazione fra il Piano triennale di prevenzione della corruzione e quello della trasparenza. L'Autorità si sofferma nel delineare la differenza tra le eccezioni assolute, di cui al c. 3 dell'articolo 5 e quelle relative di cui ai commi 1-2 della medesima disposizione. Ad avviso dell'A.N.A.C., il legislatore, con riguardo alle eccezioni relative, non opererebbe, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvierebbe ad una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla *disclosure* generalizzata, da un lato e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento, dall'altro⁴².

In relazione all'ampiezza dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa, l'Anac ritiene che *“l'accesso generalizzato, pertanto, è da ritenersi senza dubbio un istituto “compatibile” con la natura e le finalità dei soggetti legittimati, considerato che l'attività svolta da tali soggetti è volta alla cura di interessi pubblici”*. Purtroppo, parallelamente all'impostazione seguita per le prime Linee Guida, l'A.N.A.C. ha introdotto in modo piuttosto vistoso la possibilità di valutazioni caso per caso da parte delle Amministrazioni destinatarie degli obblighi: per esempio, in tema di applicabilità della nuova disciplina agli enti pubblici non economici, effettua un rinvio alle specifiche norme statutarie. Nel punto dedicato alla “programmazione della trasparenza” precisa che diventa obbligatorio procedere alla definizione degli obiettivi strategici, da coordinarsi con gli obiettivi indicati negli altri documenti strategici dell'amministrazione e con il piano delle performance. Sulla sovrapposizione tra i due accessi, quello civico classico e quello generalizzato, che rendono niente affatto scontato che le informazioni prima oggetto di obblighi

⁴¹ Le linee Guida, come strumento generale di “soft law”, nascono – come correttamente precisa l'A.N.A.C. – allo scopo precipuo di fornire indicazioni operative alle amministrazioni e agli enti ad esse assimilati in merito alle principali e più significative modifiche intervenute: nel rinviare ad altre, prossime Linee Guida, l'applicazione dell'art. 14 e la disciplina applicabile alle società e agli enti di diritto privato, il provvedimento pecca di un eccesso di interpretazione estensiva che si potrebbe definire “additiva”, come già esplicitato a proposito delle Linee Guida sull'accesso civico generalizzato.

⁴² A.N.A.C., *Linee Guida Foia*, cit., 11.

di pubblicazione – ora eliminati – potranno essere automaticamente conosciute in virtù di richieste di *disclosure*, anche a causa delle estese limitazioni previste, l’Autorità anticorruzione fornisce specificazioni volte a dettagliare le limitazioni previste dall’articolo 5 bis, finendo addirittura per amplificarne l’estensione. L’A.N.A.C. ha introdotto, infatti, una minuziosa casistica fornita allo scopo di contenere la discrezionalità dell’Amministrazione, unitamente al richiamo di una vasta serie di riferimenti normativi e di diversi orientamenti giurisprudenziali, che potrà essere utilizzata dalle P.A. per ricondurre molte istanze di accesso sotto l’ampio ventaglio delle ipotesi di esclusione ivi delineate. L’A.N.A.C. ha voluto nelle Linee Guida Foia affermare la necessità che anche “*il provvedimento di accoglimento dell’istanza di accesso venga motivato*”.⁴³ L’Autorità ha ulteriormente precisato che l’amministrazione non è tenuta a raccogliere informazioni che non siano in suo possesso per rispondere ad una richiesta di accesso generalizzato, dovendosi limitare a rispondere sulla base dei documenti e delle informazioni che sono già in suo possesso; parimenti ha ribadito che l’amministrazione non è tenuta a rielaborare informazioni detenute per rispondere ad una richiesta di accesso generalizzato, dovendo consentire l’accesso ai dati ed alle informazioni così come sono già detenuti, organizzati, gestiti e fruiti⁴⁴.

L’Autorità anticorruzione non è riuscita ad oggi, a chiarire i rapporti e quindi la “convivenza” tra i tre tipi di accesso allo stato presenti nel nostro ordinamento. Appare evidente che la razionalizzazione della materia sarà rimandata a tempi migliori, considerato che gli interventi operati mediante le Linee Guida,

⁴³ L’A.N.A.C. ribadisce l’obbligatorietà della motivazione – «congrua e completa» – del diniego all’accesso, sia per i casi di diniego a fronte dell’esistenza dei limiti di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 5-*bis* del d.lgs. 33 del 2013, che per i casi connessi all’esistenza di eccezioni assolute di cui al comma 3 dello stesso articolo, sottolineando il triplice ruolo svolto dalla motivazione, la quale «serve all’amministrazione per definire progressivamente proprie linee di condotta ragionevoli e legittime, al cittadino, per comprendere ampiezza e limiti dell’accesso generalizzato, al giudice per sindacare adeguatamente le decisioni dell’amministrazione». A.N.A.C., *Linee Guida Foia, cit.*, 11-12.

L’A.N.A.C. ritiene necessaria la motivazione anche in caso di accoglimento dell’istanza di accesso, specie nelle ipotesi in cui la richiesta lambisca diritti di soggetti terzi che, come controinteressati, siano stati coinvolti ai sensi dell’art. 5, comma 5, del Codice della trasparenza ed abbiano, quindi, ricevuto da parte della pubblica amministrazione la comunicazione relativa all’istanza di accesso. A.N.A.C., *Linee Guida Foia, cit.*, p. 10. In particolare, nell’Allegato alle Linee Guida contenente la Guida operativa all’accesso generalizzato, l’A.N.A.C. fa riferimento alla necessità di un’adeguata motivazione che dia conto della insussistenza di elementi che possano integrare l’esistenza di un pregiudizio concreto, soprattutto quando il provvedimento sia stato adottato nonostante l’opposizione del controinteressato.

⁴⁴ Si possono evidenziare dubbi nella scelta dell’A.N.A.C., quale autorità amministrativa indipendente, come soggetto volto a precisare il significato delle clausole generali di limite all’accesso generalizzato. Si apre il dubbio che al di sotto dell’espressione “indicazioni operative” in realtà, si celino opzioni di policy che dovrebbero provenire da soggetti aventi un’evidente legittimazione democratica, e da qui si affaccia il problema della legittimità, anche costituzionale, di affidare tale compito all’A.N.A.C.

al fine di dettagliare quanto previsto normativamente, non possono considerarsi sufficienti.

Esempio fondamentale di attuazione dell'accesso generalizzato è stato offerto dal parere del Garante della privacy sulla richiesta di accesso civico del 1 aprile 2017, relativo, nel caso specifico, ai limiti imposti dall'articolo 5 bis del decreto trasparenza. Nel caso di specie, il privato richiedeva l'accesso ad un elenco di esercizi commerciali sanzionati per il mancato rispetto delle norme sull'igiene e sulla sicurezza alimentare. L'amministrazione forniva i documenti richiesti, ma ometteva di indicare i nominativi dei soggetti sanzionati, nel rispetto del limite relativo ad interessi economici e commerciali *ex* articolo 5 bis del decreto trasparenza, ragion per cui, il privato richiedeva il riesame del caso ritenendo che la limitazione sopradetta non fosse applicabile al caso concreto. Il Responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza richiedeva un parere al Garante della privacy, dato che il d.lgs. n. 97/2016 prevedeva il ricorso a tale figura, qualora venissero coinvolti dati personali. Il Garante affermava, nel parere reso che, nel caso di specie, i dati richiesti non erano definibili come "dati personali" – ricordando l'esclusione delle persone giuridiche dal novero dei soggetti cui possa applicarsi il Codice in materia di protezione dei dati personali, ad eccezione del Titolo X – richiamando la definizione di dato personale offerta dall'articolo 4, c. 1, lett. b) del Codice della Privacy⁴⁵. Tuttavia, il Garante riteneva che, l'istanza andasse rigettata, dato che l'ostensione dei dati richiesti avrebbe comportato un pregiudizio concreto. Restava inoltre ferma la possibilità che i dati personali, per i quali era stato eventualmente negato l'accesso civico potessero essere resi ostensibili laddove l'istante dimostrasse l'esistenza di "un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso", ai sensi degli articoli 22 ss. della l. n. 241 del 1990. Il Garante, quindi, nel dare direttive relative all'attuazione dell'accesso civico, consigliava di adottare modalità che fossero il meno pregiudizievoli possibili nei confronti dei controinteressati, preferendo l'ostensione accompagnata da omissione dei dati personali.

6. *Alcuni profili critici in attesa del vaglio della Corte Costituzionale*

Gli interventi sopra menzionati, tentano di garantire la piena realizzazione di un'amministrazione trasparente. Ma l'istituto in questione non è esente da critiche: innanzitutto le pubbliche amministrazioni hanno dovuto affrontare il crescere di un pesante carico di adempimenti burocratici, nonché talvolta si sono viste irrogare pesanti sanzioni in caso di inadempimento. Tale istituto, in taluni

⁴⁵ Inteso come "qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale".

casi, si è presentato, inoltre, insoddisfacente anche per gli amministrati che molto spesso non trovano online le informazioni a cui sono realmente interessati o le trovano immerse in una tal complessità di dati, da farli desistere da ogni ulteriore tentativo di ricerca⁴⁶. Il diritto di accesso così delineato può ancora rallentare i processi decisionali e spingere le pubbliche amministrazioni a strategie difensive allo scopo di eludere il controllo generalizzato.⁴⁷ Ad oggi, quindi, nel nostro ordinamento, esistono tre tipologie di accesso: quello documentale, introdotto dalla l. n. 241/1990, quello civico, introdotto dal d.lgs. n. 33/2013 e infine quello generalizzato, introdotto dal d.lgs. n. 97/2016. Tuttavia, il legislatore non si è curato di definire preliminarmente le diverse forme di diritto di accesso, utilizzando per tutte lo stesso *nomen iuris*, generando indeterminatezza ed incertezza nell'applicazione degli "istituti indicati", i quali si differenziano per presupposti, per requisiti, nonché per legittimazione attiva.

Ulteriore aspetto critico è rappresentato dalla varietà dei limiti⁴⁸ introdotti dal legislatore, riferibili tanto ad interessi pubblici, quali ad esempio la sicurezza, l'ordine pubblico, la difesa e le questioni militari, quanto ad interessi privati, quali la libertà e la segretezza. È agevole constatare il numero cospicuo di tali clausole, che rischiano di rovesciare in concreto il rapporto regola – eccezione tra trasparenza e riservatezza, facendo sì che i funzionari possano apporre un legittimo diniego alle istanze di accesso quasi in ogni fattispecie concreta. Il legislatore elencando e non precisando tali clausole, ha semplicemente ampliato la discrezionalità del funzionario amministrativo nella gestione della nuova forma di trasparenza amministrativa su istanza del cittadino.

Problema di segno opposto che da tale formulazione normativa dell'accesso può derivare, è l'eccessiva presentazione di istanze di accesso generalizzato. E, infatti, l'assenza di requisiti di necessaria legittimazione, consente a "chiunque" di poter domandare una serie di documenti o dati anche al solo scopo ostruzionistico⁴⁹. Occorre quindi, introdurre strumenti di protezione della stessa pubblica

⁴⁶ G. GARDINI, "Il paradosso della trasparenza in Italia: dall'arte di rendere oscure le cose semplici", in *www.federalismi.it*, I, p.7 del 1 gennaio 2017.

⁴⁷ M. SAVINO, *Il FOIA italiano* cit., 599 ss.

⁴⁸ Cfr., in proposito, l'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d.lgs. n.33/2013. Tali limiti si presentano strutturalmente differenti dai limiti di cui al comma 3, riferibili alle fattispecie che interessano "[...] casi di Segreto di Stato e negli altri casi di divieto di accesso o di divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990". In tale diverso sotto- insieme di situazioni, il legislatore ha inteso configurare una serie di eccezioni di tipo "assoluto", seguendo la distinzione operata dall'A.N.A.C., in relazione alle quali il potere amministrativo appare vincolato, ossia limitato al mero accertamento in concreto della sussistenza dell'eccezione onde far discendere automaticamente il diniego all'ostensione.

⁴⁹ Si vd., infatti, l'attenzione del giudice amministrativo nel sottolineare le possibili derive di "abuso del diritto" nel caso di accesso dei consiglieri comunali di minoranza. Cfr., T.a.r. Campania-Napoli, sez. VI, 02 dicembre 2010, n. 26573, in *Foro amm.* Ancora, T.a.r., 2010, XII,

amministrazione (tali eccessive richieste stanno già creando problemi organizzativi interni alle pubbliche amministrazioni di piccole dimensioni), data l'assenza di un qualsiasi riferimento legislativo di fronte a tale problema. Tale elemento non è di poco conto dato che l'assenza di specifici limiti di rango normativo, comporta che l'accertamento del carattere massivo dell'istanza di accesso civico vada verificato sulla base di elementi fattuali e specifici del singolo procedimento di accesso. È necessario che i funzionari amministrativi prestino la massima attenzione nell'adozione di eventuali decisioni di diniego sulla base di elementi extra-normativi. Il pericolo di dinieghi all'ostensione giustificati sulla base della "consistenza" delle istanze proposte, finisce per trasferire indebitamente sul singolo una serie di problematiche eventualmente imputabili all'organizzazione interna delle stesse pubbliche amministrazioni. A tal proposito, sarebbe necessario che le pubbliche amministrazioni privilegiassero le modalità di dialogo con il richiedente al fine di risolvere in chiave collaborativa eventuali problematiche dovute alla presentazione di un numero eccessivo di istanze⁵⁰. È necessaria un'organizzazione adeguata a far fronte alle nuove esigenze normative, tali da poter anche compromettere l'attuazione nel nostro ordinamento del "diritto sociale alla trasparenza amministrativa" minandone *ab origine* l'effettività⁵¹.

Profilo delicato e critico è quello del corretto bilanciamento tra diritto alla riservatezza e obbligo di pubblicità dell'azione amministrativa, come disciplinato dal d.lgs. n. 33/2013 alla luce delle modifiche intervenute con il d.lgs. n. 97/2016, che rischia di produrre, attraverso una diffusione generalizzata ed indiscriminata dei dati personali sul web, un affievolimento di altri valori primari costituzionalmente protetti, quali il diritto alla riservatezza e alla dignità delle persone, sulla base di un "dilatato principio di trasparenza" che non può trasformarsi in un pregiudizio per i cittadini⁵². Il delicato compito di assicurare, da un lato, la

3969 ss., laddove si evidenziava come « le riportate conclusioni del supremo consesso della giustizia amministrativa si appalesano stringenti ove ad azionare l'istituto siano consiglieri di minoranza, cui i principi fondanti delle democrazie e la legge (cfr., ad esempio, l'art. 44 del medesimo Testo unico sugli Enti locali) attribuiscono compiti di controllo dell'operato della maggioranza e, quindi, dell'esecutivo, qui inteso nella sua più larga accezione di apparato politico ed apparato amministrativo, se pur, si intende, da esplicarsi nel rispetto della legge, ovvero senza indebite incursioni in ambiti riservati all'apparato amministrativo dalla legge stessa e senza porre in essere atti e/o comportamenti qualificabili come abuso del diritto».

⁵⁰Vd. il recente lavoro monografico di A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁵¹In tal senso P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carocci editore, Roma, 1993, 149, per il quale "l'essenza di un diritto consiste proprio nell'effettivo esercizio da parte del titolare", altrimenti "le libertà risulterebbero minacciate nel loro significato istituzionale".

⁵²In tal senso, L. CALIFANO, *Il bilanciamento tra trasparenza e privacy nel dlgs n. 33/2013*, Relazione al Seminario "La Pubblica Amministrazione tra domanda di trasparenza e protezione dei dati personali", XXX Assemblea annuale ANZI – Firenze, 24-10-2013, 2 e ss., che richiama i profili problematici già a suo tempo sollevati dal Garante nel Parere del 7 febbraio 2013.

completezza e la qualità delle informazioni e dall'altro lato, la tutela della sfera di riservatezza di eventuali terzi, deve indurre le amministrazioni a coordinare le funzioni del responsabile della trasparenza con quelle del responsabile del trattamento dei dati personali, coordinamento che deve tener conto anche della complessità della struttura burocratica dell'ente, che può prevedere l'individuazione non già di un solo responsabile del trattamento dei dati personali, bensì di tanti responsabili in relazione al numero delle figure di vertice. L'impianto normativo del decreto nel prevedere da un lato, l'indicizzazione dei dati e documenti pubblicati online, al fine di consentire la rintracciabilità e la permanenza sul web degli stessi (art. 5 c.1) e dall'altro, l'accessibilità "a documenti e dati ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione" (art. 5 c. 2) finisce per provocare una stratificazione dei dati personali. Al fine di garantire un'effettività della tutela di tali dati, occorre evitare che l'attività di bilanciamento tra interessi in conflitto si risolva in un giudizio di ponderazione ed equilibrio in astratto, quasi ad accordare una preferenza soggettiva tra valori in gioco da un punto di vista universale e assoluto, ossia, slegato dalle concrete caratteristiche della specifica fattispecie concreta⁵³. "La necessità di evitare un pregiudizio concreto", espressione richiamata dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013, potrebbe assumere il ruolo di importante misura a protezione della trasparenza amministrativa. Inoltre, il giudizio fondato sulla valutazione di tale pregiudizio favorisce valutazioni funzionali alla ricerca dei "nessi di causalità" tra ostensione di certi dati o documenti e possibili danni agli interessi implicati⁵⁴.

La consacrazione, quindi, della trasparenza a "valore per eccellenza", di fronte al quale tutti gli altri arretrano, ha destato non pochi problemi. Nella Camera di Consiglio del 13 giugno 2017, la Sezione prima- quater del Tar Lazio si è pronunciata (con ordinanza pubblicata il 19 settembre 2017) sull'eccezione di costituzionalità sollevata da alcuni dirigenti di ruolo del Garante per la protezione dei dati personali, avente ad oggetto il comma 1-bis dell'art. 14 del d.lgs. n. 33/2013 (introdotto dal d.lgs. n. 97/2016). Nello specifico tal giudizio nasce dall'impugnativa, proposta dai dirigenti del Garante per la protezione dei dati personali, avverso la nota n. 34260/96505 del Segretario generale del Garante, con la quale si richiedeva ai ricorrenti di inviare la documentazione necessaria per adempiere alle prescrizioni di cui all'art. 14, comma 1-bis, del d.lgs. n. 33/2013⁵⁵. Nell'accogliere la

⁵³ S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili*, cit., 13.

⁵⁴ CARLONI, *Se questo è un FOLA*,cit., 7 : "[...] il rilievo riconosciuto alla nozione di "concretezza" del pregiudizio è dato dal suo irrobustire il ragionamento intorno al nesso di causalità, portando ad argomentare su un danno "non astratto"o "generico", oltre che diretto".

⁵⁵ Il d.lgs. n. 97/2016 ha introdotto il comma 1-bis dell'art. 14 del d.lgs. n. 33/2013: "Le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati di cui al comma 1 per i titolari di incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati, salvo che siano attribuiti a titolo gratuito, e per i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione". I dati in

prospettiva dei ricorrenti, il Tar ha sollevato una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 14, comma 1-bis per contrasto con gli articoli 117, commi 1, 2, 3 e 13 della Costituzione. Il giudice *a quo* ha ritenuto che la conformità a Costituzione non possa essere appiattita da esigenze di prevenzione ovvero sulla base di un diffuso allarme sociale⁵⁶. Il Tar dubita della disciplina in questione proprio nella parte in cui comporta “la divulgazione on-line di dati reddituali e patrimoniali relativi ai dirigenti, ai coniugi e ai parenti entro il secondo grado, ove essi acconsentano”. Il Tar, quindi, insiste nel sottolineare l'irragionevole bilanciamento tra i due interessi in gioco, la trasparenza da un lato e la riservatezza dall'altro. Per la prima volta, quindi, la Corte Costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi sul d.lgs. n. 33/2013, e più nello specifico, sulla disciplina dell'accesso generalizzato (d.lgs. n. 97/2016)⁵⁷.

Tali aspetti critici, mettono in rilievo la necessità di un intervento sulla nuova disciplina normativa in materia di trasparenza amministrativa⁵⁸. E' necessaria una sorta di “monitoraggio della riforma amministrativa, capace di registrare ex post gli effetti concreti e di raccogliere le reazioni dei cittadini e degli operatori economici⁵⁹”, al fine di evitare che un sistema che ha consacrato il principio di trasparenza, si trasformi in una soppressione irragionevole degli altri principi sanciti in Costituzione e ribaditi dalle normative europee, altrettanto degni di valore.

questione sono elencati al comma precedente: a) l'atto di nomina o di proclamazione, con l'indicazione della durata dell'incarico o del mandato elettivo;b) il curriculum;c) i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica;d) i dati relativi all'assunzione di altre cariche, presso enti pubblici o privati, ed i relativi compensi a qualsiasi titolo corrisposti;e) gli altri eventuali incarichi con oneri a carico della finanza pubblica e l'indicazione dei compensi spettanti;f) le dichiarazioni di cui all'articolo 2, della legge 5 luglio 1982, n. 441, nonché le attestazioni e dichiarazioni di cui agli articoli 3 e 4 della medesima legge, come modificata dal presente decreto, limitatamente al soggetto, al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove gli stessi vi consentano. Viene in ogni caso data evidenza al mancato consenso. Alle informazioni di cui alla presente lettera concernenti soggetti diversi dal titolare dell'organo di indirizzo politico non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 7”.

⁵⁶ [...]“ nulla dicono in ordine alla proporzionalità e alla ragionevolezza delle misure qui in contestazione, posto che, come è evidente, va escluso che la risposta a qualsiasi problematica, per quanto, in linea generale di rilievo assoluto, opportuna, se non necessitata, motivata da idonei presupposti e compulsata dalla comunità internazionale, possa trasmodare dagli ambiti che nella Costituzione e nella normativa europea, delineano i diritti della persona”. Tar Lazio, Sezione prima- quater, 19 settembre 2017, ordinanza n. 9828, in www.giustizia.it

⁵⁷ L'importanza della futura decisione della Corte Costituzionale è ancora più evidente alla luce della prossima entrata in vigore del nuovo Regolamento europeo in tema di protezione dei dati personali (reg. n. 2016/679), la cui entrata in vigore è prevista per il 25 maggio 2018. Tale regolamento porterà a qualificare, tanto la privacy quanto la trasparenza, come interessi pubblici dell'Unione Europea.

⁵⁸ C. COLAPIETRO, *La “terza generazione” della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale, all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Ed. Scientifica, Napoli, 2016, 15.

⁵⁹ Parere Cons. St. n. 515/2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

Abstract

Critics and perspectives on the generalised access to administrative documents

by Anna Del Prete

The legislator focus on the “access to administrative documents” has grown in recent years. The legislative decree n. 33/2013 introduced new requirements for web based publications of documents, and informations as well as new form of civic access to administrative documents, inspired to the transparency principles. However the Italian rules for publications differ from the American FOIA: it is not possible to configure an unconditional obligation for publication of all data held by public authorities, but only for those documents contemplated in the law. Moreover, this access is not granted autonomously, but only after the non-fulfilment of a public administration. This essay concerns the introduction into the Italian system of a new instrument of administrative transparency: the so called “generalised access to administrative documents”. The d.lgs. n. 97/2016 acts to overcome two limits of civil access. As a matter of fact, with the generalised access, everyone can access the data and documents held by the public administrations in addition to the public once. Nevertheless, this decree introduces others limits on top of the article 5 bis, which according to the State Council, are more rigorous than those of article 24, law n. 241/1990. The A.N.A.C. has been asked to intervene so to decrease the contrasts, but it bounded itself to list the various limitations, distinguishing among absolute and relative exceptions. Many critics can be raised regarding this new access policy: the excessive number of instances, the high discretionality of public administrations, the difficult balance between transparency and privacy. On the specific issue we are awaiting the Constitutional Court pronouncement, whose importance is even more evident given the entry in power of the European regulation on the personal data protection (reg. n. 679/2016).

Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?

di Alessandro Di Martino

SOMMARIO: 1. Decisioni amministrative complesse e garanzie partecipative – 2. Il carattere settoriale della disciplina degli istituti in materia di partecipazione – 3. I primi tentativi di analisi della disciplina del dibattito pubblico: la prospettiva *de jure condendo* – 4. La partecipazione democratica e il dibattito pubblico: un ulteriore caso di frammentazione della disciplina? Considerazioni conclusive.

1. *Decisioni amministrative complesse e garanzie partecipative*

Il tema delle decisioni amministrative complesse investe un dibattito ancora aperto nella scienza giuridica, perché in questi casi la scelta dell'apparato pubblico, essendo sottesa alla complessità della valutazione amministrativa, tocca delicati automatismi di bilanciamento tra i poteri. In particolare, quando la questione è caratterizzata dalla compresenza di determinati fattori – ciascuno reciprocamente in grado di influenzare le risultanze del processo decisionale – l'amministrazione è tenuta a prendere una decisione difficile¹.

Con riferimento all'indagine che ci occupa, la pluralità degli esiti della decisione amministrativa complessa è inscindibilmente legata alle modalità con la quale l'amministrazione ha esercitato le proprie funzioni di bilanciamento degli interessi, dovendo la stessa riservare particolare attenzione ai diritti di coloro i quali potrebbero subire gli effetti della scelta. In virtù di ciò, al fine di evitare casi nei quali le risultanze dei processi decisionali cui si addivene siano sgradite alle comunità locali ospitanti l'opera, l'amministrazione decidente è tenuta a garantire ai cittadini un'effettiva partecipazione al procedimento di scelta sulla questione complessa, in quanto questi ultimi potrebbero subire le esternalità negative derivanti dal contenuto della decisione stessa.

Tuttavia, tra le diverse tipologie di decisioni amministrative complesse,

¹ Per una prima analisi sulle decisioni amministrative complesse, cfr. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988, 232 ss. Per una ricostruzione più recente, sul punto, cfr. F. CORTESE, *Decisioni amministrative complesse e hard cases*, G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Cedam, Padova, 2011, 267 ss. Secondo P.A., diversi sono i "sintomi" dai quali emerge che l'amministrazione dovrà rendere una decisione complessa: la pluralità di soggetti; l'eterogeneità degli interessi; le differenti norme applicabili; i diversi esiti possibili; la decisione assunta; le questioni amministrative da essa scaturenti. Quando questi fattori convergono in modo da indirizzare la scelta in una determinata direzione, la scelta dell'amministrazione viene definita "difficile".

quelle in materia di infrastrutture² e, più in generale, quelle aventi ad oggetto la realizzazione di grandi opere, sono state storicamente condizionate dal ruolo oppositivo e anche, talvolta, meramente ostruzionistico delle comunità locali³. Invero, ai cittadini non è mai stato garantito un momento interlocutorio durante il quale svelare le proprie posizioni sull'opportunità di realizzare l'opera, residuando in capo agli stessi esclusivamente la possibilità di adeguarsi, o meno, al *decisum* dell'amministrazione. Nel corso degli anni, il fenomeno dell'opposizione locale alla costruzione delle infrastrutture si è consolidato al punto da essere identificato con un acronimo che ha acquisito una certa diffusione, e rinvia al fenomeno meglio conosciuto come sindrome *Nimby* (*not in my backyard*)⁴.

Diverse sono le ragioni che stimolano le proteste delle comunità locali: dati empirici dimostrano che le ragioni del conflitto sono legate, per un verso, alla preoccupazione che l'opera possa causare un pregiudizio all'ambiente⁵ e, al

² Per un rinvio alla materia delle infrastrutture – che non è oggetto di riflessione nel presente lavoro, se non nella parte in cui appare funzionale all'analisi del ruolo delle comunità locali nelle decisioni complesse dell'amministrazione – cfr. A. MARI, *Le infrastrutture*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Giuffrè, Milano, 2003, ed. II, t. II, 1861 ss.; si veda altresì R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di) *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008, IV, 2650 ss.

³ Sulla natura conflittuale dei processi decisionali in materia di infrastrutture, *ex multis*, cfr. L. TORCHIA, *Discussione*, in R. OCCHILUPO, G. PALUMBO, P. SESTITO, *Le scelte localizzative delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, in Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, Banca d'Italia, 2011, pp. 358-360.

⁴ Densa è la letteratura in materia di *Nimby*. Tra le opere più rilevanti, cfr. G. E. McAVOY, *Partisan probing and democratic decisionmaking: rethinking the Nimby syndrome*, in *Policy Studies Journal*, 26, 274-292. Nello studio, non si farà riferimento alla definizione di *Nimby* intesa, secondo quanto affermato da T. MANNARINI, M. ROCCATO, *Uses of term Nimby in the Italian press*, in *Environmental Politics*, 20, 807-825, come quei movimenti caratterizzati da ignoranza, particolarismo ed irrazionalità; piuttosto, si ricorrerà alla diversa definizione tracciata da C. HAGER, M. A. HADDAD, *Nimby is beautiful. Cases of local activism and environmental innovation around the world*, Berghahn, 2017, 5, che propone un modo di intendere il modello *Nimby* come una componente potenzialmente idonea a produrre benefici alle politiche partecipative. Con riferimento, invece, alle motivazioni che spingono le comunità locali ad intervenire, secondo quanto affermato da M. VITTORI, *Dibattito pubblico anche in Italia: la svolta per una politica non abituata decidere*, in *Amministrazione in Cammino*, 2013, 3-4, l'acronimo viene utilizzato per ricomprendere quei movimenti che ritengono l'opera inutile ed eccessivamente onerosa. *Contra*, cfr. T. MANNARINI, M. ROCCATO, *Non nel mio giardino. Prendere sul serio i movimenti Nimby*, Il Mulino, Bologna, 2012, 54; in modo particolare, gli A. sostengono che le opposizioni locali non innescano questi conflitti per un mero rifiuto alla realizzazione dell'infrastruttura, quanto, piuttosto, per averne individuato *nel loro giardino* il luogo più adatto per la costruzione.

⁵ Ciò emerge dal Comunicato stampa di *Aris-Nimby Forum*, audito il 10 marzo 2010 dalla Commissione Ambiente della Camera dei Deputati, nel quale si sottolinea che “ogni tipologia di opera è avvertita dai territori come una potenziale minaccia alla salute e all'ambiente, che si tratti di discariche o impianti a fonti rinnovabili e indipendentemente dal fatto che si parli solo di ipotesi di progetti o di impianti già in funzione. Emblematico è il *focus* realizzato sul nucleare che

tempo stesso, derivano da una generale insoddisfazione per le procedure all'esito delle quali viene stabilita la collocazione dell'opera, per il fatto che le stesse rivelerebbero uno scarso coinvolgimento dei cittadini; per altro verso, la collettività adduce quali motivi scatenanti il conflitto una generale sfiducia nei confronti dell'organo decisionale. Nel merito, ciò che si contesta è la modalità di esercizio del potere amministrativo che, nel perseguire l'interesse generale – che attiene, appunto, alla realizzazione dell'infrastruttura – non tiene in considerazione il destinatario in concreto di tale scelta, costretto a subire gli esiti del primo sia in termini ambientali che economici⁶, generando dunque una distorsione dell'equità decisionale⁷.

Il problema del rispetto delle garanzie partecipative nelle decisioni complesse, inquadrato nel più ampio concetto di buona amministrazione, non è stato risolto neppure con strumenti di “negoziiazione del dissenso”⁸ come, ad esempio, quello delle compensazioni⁹.

Queste ultime, invero, pur perseguendo l'obiettivo di dirimere le opposizioni locali, creano, nella prassi, problemi in riferimento al *quantum* da compensare a favore delle comunità che ospitano l'opera.

ha portato all'individuazione di 22 focolai di contestazione inerenti mere ipotesi di localizzazione delle nuove centrali sul territorio nazionale”. Quanto alla letteratura italiana sui risvolti dei conflitti di prossimità nell'ambito del governo dell'ambiente, cfr. L. TORCHIA, *I nodi della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

⁶ In questi termini, cfr., A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, IV, 1174. L'A. sottolinea condivisibilmente come “alla base delle dinamiche conflittuali legate alle localizzazioni sgradite vi è un problema generale di fiducia verso le istituzioni. Nei conflitti di prossimità a essere messo in rischio è il monopolio della razionalità, della legittimità e dell'informazione, che si tende ad attribuire unicamente a chi deve prendere le scelte di interesse generale, escludendo chi può subire le esternalità negative prodotte da queste decisioni”.

⁷ In questo modo, non sarebbe assicurata un'ideale garanzia al principio della “giustizia distributiva” e, in particolar modo, del criterio dell'uguaglianza, il quale prevede che l'allocatione delle risorse debba essere corrisposta a tutti nella stessa misura. Per un'analisi della “giustizia contributiva”, cfr. T.R. TYLER, H. SMITH, *Social justice and social movements*, in D. GILBERT, S.T. FISKE, G. LINDZEY (a cura di), *The Handbook of Social Psychology*, New York, McGraw-Hill, 1998, 595-629, nonché H.W. BIERHOFF, R.L. COHEN, J. GREENBERG, *Justice in Social Relations*, New York, Plenum press, 1986. Ciò emerge dalle proteste delle comunità locali è un rapporto impari tra i costi ed i benefici: mentre i costi per la realizzazione dell'opera sono interamente a carico della comunità ospitante, i benefici sono, invece, estesi alla collettività intera. In altri termini, l'uguaglianza distributiva viene rispettata solo con riferimento ai costi, ma non certamente ai benefici.

⁸ Così, cfr., A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, cit., 1191.

⁹ Ampia è la letteratura sull'istituto delle compensazioni. In modo particolare, sulle conseguenze negative sotto il profilo economico, cfr., R. OCCHILUPO, G. PALUMBO, P. SESTITO, *Le scelte localizzative delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, cit., 321; per un'analisi più generale del tema, cfr. CNEL: *Partecipazione e consenso per la realizzazione di opere e reti infrastrutturali, Osservazioni e proposte*, Assemblea 26 marzo 2008, 44. Inoltre, cfr. M. BARTOLOMEO, *La localizzazione dei terminali di rigassificazione: le compensazioni sono davvero la panacea?* in www.lavoce.info, 9/2/2007.

Nello specifico il fatto che la fase negoziale si ponga cronologicamente in una fase successiva rispetto a quella della scelta localizzativa, determina il rischio che il meccanismo della compensazione, che nasce per contrattualizzare il dissenso, paradossalmente conduca all'interruzione di un'opera di cui in alcuni casi sia stata già intrapresa la realizzazione.

Di talché i promotori dell'opera, temendo di incontrare ostacoli nella prosecuzione della realizzazione della medesima a causa delle opposizioni locali, sarebbero disposti ad accettare dei compromessi economici esorbitanti, causando una sperequazione tra costo preventivato e costo effettivo¹⁰. In concreto i costi da compensare a favore delle comunità locali potrebbero rivelarsi decisamente elevati, attesa la posizione di forza che in una dinamica *checks and balances* i territori ospitanti appaiono esercitare una posizione di forza nei confronti dei gestori dell'infrastruttura.

Alla luce delle questioni evidenziate lo strumento delle compensazioni si mostra tendenzialmente fallimentare rispetto all'obiettivo di ridurre al minimo l'emersione di conflitti, atteso che lo scopo di questi contatti tra amministrazione e privato non risiede tanto nella negoziazione del consenso in termini economici, quanto piuttosto nel favorire l'emersione degli argomenti sottesi al dissenso, al fine di addivenire ad una decisione maggiormente condivisa dalle comunità locali¹¹.

La natura successiva ed eventuale del dialogo instaurato tra le parti costituisce un nodo irrisolto. Ad aver mosso il dissenso delle comunità locali è infatti, accanto ai problemi indicati poc'anzi, l'aver sistematicamente dato "voce"¹² al cittadino in una fase successiva a quella della progettazione dell'opera; fase in cui, com'è facilmente intuibile, la decisione era già stata presa e, soprattutto, la partecipazione dei cittadini delle comunità locali avrebbe potuto esclusivamente attenuare le conseguenze negative derivanti dalla realizzazione dell'opera, evitandone appunto la costruzione.

Considerata, dunque, la centralità che il principio di partecipazione ha assunto nella riflessione della scienza giuridica, soprattutto con riferimento alle infrastrutture strategiche¹³, il legislatore italiano ha introdotto nel codice dei

¹⁰ Sul punto, sempre cfr. R. OCCHILUPO, G. PALUMBO, P. SEDITTO., *Le scelte localizzative delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, cit., 321. In questa sede, si afferma che "I costi connessi con una determinata localizzazione sono generalmente di due tipi: costi di costruzione e gestione dell'infrastruttura e disutilità che gravano sulla comunità ospitante. I primi riguardano aspetti di natura tecnica e possono variare tra le diverse localizzazioni, di norma per motivi strettamente tecnologici. Tali costi sono generalmente noti al gestore. Le seconde possono essere prettamente economiche, ma più spesso riguardano rischi per l'ambiente e la salute, danni al paesaggio".

¹¹ In quest'ottica, appare condivisibile quanto affermato da M. ROCCATO – T. MANNARINI, *Non nel mio giardino. Prendere sul serio i movimenti Nimby*, cit., 108.

¹² In questi termini, cfr. M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000.

¹³ Sul tema, *ex multis*, cfr. L. TORCHIA, *Legislazione efficace e buone pratiche amministrative per le infrastrutture in Italia*, in *Italianieuropei*, IX, 2011, 111-116.

contratti pubblici l'istituto del dibattito pubblico¹⁴, sulla scia del modello francese di *débat public*¹⁵. L'indagine, in questa sede, avrà ad oggetto l'inserimento del dibattito pubblico nell'ampio quadro degli strumenti partecipativi. In modo particolare si valuterà se, con questo intervento innovatore, il legislatore abbia inteso dettare una disciplina di carattere generale degli istituti di partecipazione, individuandone la sede nel codice dei contratti pubblici, colmando in tal modo le lacune derivanti dalla mancata inclusione dell'istruttoria pubblica¹⁶ nella legge generale sul procedimento; oppure se abbia operato nella direzione di una ulteriore frammentazione della disciplina della partecipazione democratica alle decisioni complesse nel campo della scienza amministrativa.

2. Il carattere settoriale della disciplina degli istituti in materia di partecipazione

Conviene anzitutto partire dal dato positivo contenuto nella legge generale sul procedimento amministrativo, sulla base del quale è stata operata una settorializzazione delle discipline in materia di partecipazione. Ai sensi dell'articolo 13

¹⁴ L'istituto è disciplinato all'articolo 22, d.lgs. n. 50/2016, intitolato "Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico".

¹⁵ L'istituto trova origine nella c.d. *Loi Barnier*, n. 95-101 del 2 febbraio 1995, relativa, più in generale, al rafforzamento delle tutele in materia ambientale, modificata con la *Loi* 27 febbraio 2002, relativa alla c.d. *democratie de proximité*. Con riferimento a quest'ultima, ciò che rileva è il titolo IV della *Loi*, sulla partecipazione *du public* all'elaborazione dei grandi progetti, disciplinati dagli articoli 132 a 134. Nel 2005 il principio di partecipazione ha assunto rango costituzionale. Quanto alla letteratura italiana sul *débat public*, cfr. Y. MANSILLON, *L'esperienza del débat public in Francia*, in *Democrazia e Diritto*, 2006, III, 101-114; si veda, altresì, C. BOVA, *Gli istituti del débat public e dell'enquête public*, in G.C. DE MARTIN, D. BOLOGNINO (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, CEDAM, 2010, 211-246. Con riferimento, invece, alla letteratura d'oltralpe, su tutti, cfr. C. BLATRIX, L. BLONDIAUX, J.M. FORNIAU, B. HÉRIARD-DUBREUIL, R. LEFEBVRE, M. REVEL (a cura di), *Le débat public: une expérience française de démocratie participative*, La découverte, Parigi, 2007.

¹⁶ Già al termine degli anni ottanta l'istruttoria allargata era ritenuta fondamentale per le opere strategiche. L'eliminazione dell'istruttoria pubblica è stata criticata aspramente da M. NIGRO, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 9.; l'A. afferma: "Considero l'eliminazione di questo precetto molto grave e priva di valide ragioni. Molto grave, perché si tratta di un istituto che tende a realizzare finalità istruttorie con un metodo accentuatamente e originariamente partecipativo. Dall'istruttoria pubblica, l'Amministrazione può trarre il massimo di conoscenze per l'elaborazione dei suoi provvedimenti, mentre la partecipazione può così spiegarsi in modo diffuso e penetrante. [...] Perché allora abolire l'istruttoria pubblica, tanto più che l'art. 7 del testo originario è estremamente cauto nel consentire il ricorso ad essa? È probabilmente l'attaccamento ad un'amministrazione segreta o aperta solo a soggetti individualmente selezionati che fa vedere male l'idea di una pubblicità così ampia quale è quella che assicura siffatta istruttoria". Nello stesso senso, cfr., M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991, la quale critica la limitazione della partecipazione dei cittadini alla formazione di atti generali, auspicando un ritorno all'istruttoria pubblica, così come pensata dalla Commissione Nigro.

della legge n. 241/90, infatti, “Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell’attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”. L’operazione così compiuta dal legislatore del Novanta, nella misura in cui esclude l’applicazione delle norme in materia di partecipazione per determinate fattispecie, segnala un ridimensionamento delle prospettive prefigurate in tale area dalla Commissione Nigro, che proprio attraverso l’introduzione dell’istruttoria pubblica, mirava ad assicurare la massima partecipazione del cittadino anche nelle decisioni complesse rese dall’amministrazione¹⁷.

Diverse sono state le critiche che hanno investito questa scelta del legislatore: su tutti, lo scetticismo dei commentatori riguardava le conseguenze (negative) derivanti dalla settorializzazione delle discipline dei procedimenti di massa, con riferimento sia all’effettività delle garanzie partecipative sia, più in generale, al buon operato dell’amministrazione.

È largamente condiviso l’avviso secondo il quale la previsione di un generale intervento dei privati in tutti i procedimenti volti all’emanazione di una decisione complessa avrebbe consentito il passaggio da un’amministrazione “unidecisionale” ad un’amministrazione “partecipata”¹⁸. Il legislatore, dal canto suo, nell’ottica complessiva di non aggravamento del procedimento amministrativo e, dunque, nella logica di un buon andamento dell’azione amministrativa – imprimendo una prospettiva funzionale alla disciplina in questione, che non appare pienamente

¹⁷ Il testo della Commissione Nigro all’articolo 7 dello schema della legge generale sul procedimento amministrativo, prevedeva l’istruttoria pubblica per l’adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la locazione di centrali energetiche e l’esecuzione di opere pubbliche, che incidessero in modo rilevante sull’economia e sull’assetto del territorio e che rientrassero nelle categorie individuate con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri; per la lettura del testo dello schema di legge generale sul procedimento amministrativo, cfr. *Foro.it*, 1988, III, 22.

¹⁸ In questo senso, su tutti, cfr., M. NIGRO, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione*, cit. 12. L’A., sull’esigenza di prevedere un regime di partecipazione organica, afferma che “non solo la scelta amministrativa non è più monopolio dell’elemento burocratico, ma diventa prodotto di questo e dell’elemento partecipativo. La cooperazione fra i due elementi si realizza in vari modi, ma il modo più diffuso e più raffinato è quello secondo il quale l’apporto consociativo si esprime e si manifesta nella stessa elaborazione della scelta e, più precisamente, nella (partecipazione alla) predisposizione del materiale di essa attraverso soprattutto l’esibizione di interessi e di fatti che vanno definiti, comparati e composti in un quadro di prevalenza o di coesistenza, dalla quale, soltanto, la scelta amministrativa legittimamente scaturisce. Vi è dunque una vera e propria spartizione della potestà amministrativa fra il formale titolare burocratico e la pluralità dei consociati”. A conferma di questa tesi, G. COCCO - G. SECHI, *La partecipazione e il diritto di accesso ai documenti amministrativi nella legge 7-8-1990, n. 241*, in *L’amministrazione italiana*, 1991, X, 1454, afferma che “era chiaro infatti che la democratizzazione dell’attività amministrativa si sarebbe realizzata solo garantendo ai privati la possibilità di partecipare nel momento della formazione della volontà dell’amministrazione”.

condivisibile – ha preferito escludere in via generale la partecipazione democratica per la realizzazione delle grandi opere¹⁹.

Sotto altro profilo, va aggiunto che la scelta del legislatore di intervenire sulla materia in modo disorganico, settorializzando le discipline sulla partecipazione nelle decisioni complesse che, per la loro portata, dovrebbero a maggior ragione essere pluristrutturate²⁰, non ha mai garantito, nei casi concreti, effettività degli interventi delle comunità locali. In tal senso, se l'obiettivo sotteso alla scelta del legislatore nel 1990 mirava a garantire una maggiore partecipazione nei procedimenti di massa, le normative disciplinanti il ruolo delle comunità locali in materia ambientale ed in materia urbanistica hanno piuttosto svelato i punti di fragilità derivanti dalla decisione di settorializzare le discipline, dimostratesi in concreto incapaci di assicurare la necessaria partecipazione democratica per la valutazione sull'opportunità di realizzare, o meno, le grandi opere.

La partecipazione democratica in materia ambientale, disciplinata per la prima volta in Italia con il d.lgs. n. 152/2006, è stata recentemente modificata con d.lgs. n. 104/2017²¹, che ha rimarcato il ruolo centrale che il legislatore attribuisce all'effettività dell'apporto delle comunità locali nelle decisioni complesse. Nell'ottica di voler assicurare la partecipazione dei privati alle *public decisions* in materia ambientale²², l'ordinamento interno ha introdotto specifici modelli procedurali, quali la valutazione di impatto ambientale (in seguito, VIA) e la valutazione ambientale strategica (in seguito, VAS). Questi due istituti, anche in virtù di numerose spinte provenienti dalle istituzioni europee, avrebbero dovuto garantire la più ampia partecipazione democratica nelle decisioni in materia

¹⁹ Opinabile è la linea di pensiero secondo cui l'applicabilità delle norme in materia di partecipazione ai procedimenti "di settore", indicati dall'articolo 13 della legge generale sul procedimento amministrativo, sia la principale causa scatenante i ritardi procedurali. La letteratura che accoglie il binomio partecipazione – buon andamento è ampia; su tutti, cfr., S. CASSESE, *La partecipazione del privato alle decisioni pubbliche: saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 23. Di recente, si veda, altresì, M. C. ROMANO, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, 438-439.

²⁰ Come affermato da V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002, 429-430, nelle disposizioni speciali antecedenti alla legge sul procedimento amministrativo, erano proprio alcuni tra questi procedimenti ad effetti generali – si pensi, ad esempio, ai procedimenti di pianificazione urbanistica – ad essere ampiamente soggetti ad una negoziazione con il privato, allo scopo di giungere ad una decisione "partecipata".

²¹ In adeguamento alla direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2011/92/UE concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati Testo rilevante ai fini del SEE, è stato pubblicato il d.lgs. n. 104/2017, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 6 luglio 2017.

²² Sul ruolo determinante della partecipazione democratica nelle decisioni ambientali, cfr., E. CROCI, *La Convenzione di Aarhus: verso il cittadino consapevole*, in *Arpa Rivista*, II, 2004, 23-24. L'A. afferma che "La Convenzione prevede che il pubblico interessato abbia diritto a partecipare ai processi decisionali relativi a: autorizzazione di determinate attività; elaborazione di piani, programmi, politiche ambientali...".

ambientale; senonché il legislatore, come d'altra parte evidenziato dalla dottrina, ha optato per un approccio più prudente al fine di garantire un organico principio di partecipazione in materia ambientale²³.

Come risulta dal novellato Codice dell'ambiente, è consentito a “chiunque”, per la VAS, e a “chiunque vi abbia interesse”, per la VIA, entro il termine (ordinatorio) di sessanta giorni dalla pubblicazione del progetto di fattibilità sul sito web²⁴, di prendere visione del medesimo – e non più, come in passato, del progetto definitivo – presentando proprie osservazioni, anche fornendo nuovi elementi conoscitivi per l'amministrazione. Di maggior respiro partecipativo, tra i due istituti, risulta essere quello della VIA: ai sensi dell'articolo 24 bis, introdotto con il d.lgs. 104/2007, si prevede che la partecipazione del privato, di cui all'articolo 24, c. 3, possa assumere anche la forma dell'inchiesta pubblica²⁵. Il legislatore, infatti, prevede espressamente che “L'autorità competente può disporre che la consultazione del pubblico di cui all'articolo 24, comma 3, primo periodo, si svolga nelle forme dell'inchiesta pubblica, con oneri a carico del proponente, nel rispetto del termine di novanta giorni. L'inchiesta si conclude con una relazione sui lavori svolti ed un giudizio sui risultati emersi, predisposti dall'autorità competente”.

Da un'analisi della norma, a parere di chi scrive, emerge un'immagine dell'istituto non esente da profili di ambiguità. Per un verso, con questo strumento di consultazione pubblica, il legislatore avrebbe inteso attribuire al cittadino concrete garanzie partecipative, consentendogli di esprimere il proprio avviso nonostante non fosse destinatario di un provvedimento lesivo della sua sfera giuridica. Per altro verso, lo stesso legislatore, in evidente contraddizione con quanto egli stesso afferma²⁶, ed a tutela di un più generale principio di celerità procedimen-

²³ Si ritiene di dover condividere l'opinione di coloro i quali affermano, nonostante l'ambito soggettivo dei potenziali partecipanti sia più ampio di quanto previsto dagli articoli 7 e 9 della legge n. 241/90, che il legislatore non abbia valorizzato a pieno la natura proattiva della partecipazione delle comunità locali. Su tutti, cfr. A. TONETTI, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano*, in A. MACCHIATI, G. NAPOLITANO (a cura di), *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Il Mulino, 2000, 183-184.

²⁴ La riforma ha avuto come effetto, altresì, quello della totale digitalizzazione degli oneri informativi a carico dei proponenti, i quali, per i procedimenti ambientali, non dovranno utilizzare più il mezzo stampa.

²⁵ Prima della novella, l'inchiesta pubblica, disciplinata dall'art. 24, c. 6, era qualificata come “facoltà concessa all'amministrazione per la discussione ed esame dello studio d'impatto ambientale, dei pareri forniti dalle pubbliche amministrazioni e dalle osservazioni dei cittadini”. È stata altresì eliminata la statuizione, contenuta nel precedente art. 24, c. 8, la quale affermava che il proponente, qualora non si fosse svolta l'inchiesta pubblica, avrebbe potuto essere chiamato, prima della conclusione della fase di valutazione, ad un sintetico contraddittorio con i soggetti che avevano presentato pareri ed osservazioni. Quanto alla letteratura su questo istituto di partecipazione, cfr., L. CASINI, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, I, p. 43-95.

²⁶ Mette in rilievo questo aspetto S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa*

tale, non solo ha posto l'istituto in esame in rapporto di reciproca esclusione con il dibattito pubblico²⁷, perdendo l'ennesima occasione per affermare l'effettività della partecipazione delle comunità territoriali coinvolte in materia ambientale, ma ha altresì subordinato la scelta di attivare la procedura d'inchiesta pubblica all'esclusiva discrezionalità dell'amministrazione, limitando drasticamente la portata democratica sottesa al primo²⁸.

Ancora più evidenti risultano essere i *deficit* di partecipazione all'interno della legislazione in materia urbanistica, che trova una positivizzazione nell'articolo 9 della legge n. 1150/1942. La mancata applicabilità delle norme sulla partecipazione agli strumenti di pianificazione urbanistica trova un fondamento nel carattere generale degli atti in parola e, per tale motivo, la legge sul procedimento amministrativo trasla l'onere di garantire la partecipazione dei cittadini interessati a specifiche norme di settore, con l'obiettivo di consentirla in maniera più adeguata²⁹. La norma prevede espressamente che *"Il progetto di piano regolatore generale del Comune deve essere depositato nella Segreteria comunale per la durata di 30 giorni consecutivi, durante i quali chiunque ha facoltà di prenderne visione. Fino a trenta giorni dopo la scadenza del periodo di deposito possono presentare osservazioni le Associazioni sindacali e gli altri Enti pubblici ed istituzioni interessate"*.

A ben vedere, tuttavia, l'obiettivo di assicurare in modo concreto la partecipazione democratica alle decisioni complesse in materia urbanistica non è stato raggiunto. La normativa settoriale distingue incomprensibilmente la possibilità di accedere al progetto di piano per prenderne visione, che spetta a chiunque,

come dovere, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 83, la quale afferma che "Sembra quasi di assistere ad un conflitto tra principi costituzionali periodicamente affermati e disattesi a seconda della veste che si vuole il potere amministrativo di volta in volta assuma: garante dell'imparzialità ovvero dell'efficienza; della partecipazione ovvero della semplificazione".

²⁷ L'articolo 24 bis, c. 2 consente l'attivazione della procedura di inchiesta pubblica soltanto nel caso in cui, precedentemente, non sia stata svolta la procedura di dibattito pubblico, ai sensi dell'articolo 22 del d.lgs. n. 50/2016. Allo stesso modo dalla bozza di d.p.c.m. sul dibattito pubblico emerge l'assenza dell'inchiesta pubblica, qualora già sia stata esperita la procedura di consultazione pubblica.

²⁸ Non si comprende l'avviso espresso da M. FEOLA, *Ambiente e democrazia. Il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Torino, Giappichelli, 2014, 165, secondo cui: "Emerge un quadro procedimentale in cui la persona (e i suoi diritti) è posta al centro dell'azione amministrativa ed è in funzione di tale centralità che sono predisposti gli strumenti giuridici utili ad una partecipazione che sia collaborativa e, soprattutto, in grado di influire effettivamente nell'ambito dei processi decisionali relativi alla tutela ambientale". *Contra*, criticando l'effettività della partecipazione in materia ambientale, cfr., M. CALABRO', *La prevenzione della cattiva amministrazione attraverso l'esercizio dei diritti di accesso e partecipazione: il caso dei procedimenti in materia di ambiente*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare - Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, 129-130.

²⁹ Sul punto, è da valorizzare l'avviso secondo cui le previsioni di piano non sono rivolte a destinatari indeterminati, ma ad una categoria di soggetti inscindibilmente collegati con il piano da realizzarsi. In tal senso, su tutti, cfr. P. STELLA RICHTER, *Giudizio amministrativo e governo del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 207.

dall'effettiva partecipazione al procedimento di approvazione del piano regolatore generale, atteso che la presentazione di memorie e osservazioni nell'ambito dello stesso procedimento viene consentita esclusivamente alle associazioni sindacali ed agli altri enti pubblici interessati, lasciando dunque il singolo cittadino privo di effettive garanzie partecipative.

Va aggiunto, peraltro, che le osservazioni possono essere presentate non oltre trenta giorni dopo la scadenza del periodo di deposito: in tal senso, non solo il piano depositato risulta essere già in una fase molto avanzata e, dunque, la partecipazione dei soggetti legittimati non inciderebbe concretamente sulla scelta operata dall'amministrazione, ma, come affermato da autorevole dottrina in materia, la stessa non garantirebbe un momento di contraddittorio per coloro i quali vantano un interesse differente e contrario rispetto al contenuto dell'osservazione³⁰.

3. *I primi tentativi di analisi della disciplina del dibattito pubblico: la prospettiva de jure condendo*

Tenuto conto dell'inidoneità della settorializzazione delle normative a conseguire gli scopi ad essa sottesi, consistenti nella garanzia di una più incisiva partecipazione nelle decisioni difficili e, soprattutto, nella democratizzazione delle scelte complesse dell'amministrazione, il legislatore ha introdotto l'istituto del dibattito pubblico nel codice dei contratti pubblici³¹, assicurando in tal modo il coinvolgimento delle comunità locali in un momento nel quale la discussione sulla decisione sia ancora aperta.

È anzitutto importante, al fine di evidenziarne gli aspetti innovativi, segnalare come la disciplina del dibattito pubblico si collochi, nel complesso quadro normativo del codice dei contratti pubblici, all'interno del titolo relativo alla pianificazione, programmazione e progettazione³². In quest'ottica la consultazione pubblica viene finalmente garantita nella fase embrionale del progetto, nella quale tutte le proposte sarebbero ancora da formulare e, dunque, in un segmento procedurale nel quale l'amministrazione non è ancora giunta ad una propria

³⁰ *Ivi*, 208.

³¹ Per una prima analisi dell'istituto del dibattito pubblico, così come previsto dall'articolo 22, d.lgs. n. 50/2016, operata prima dell'intervento del decreto "correttivo" del codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 56/2017, cfr. A. AVERARDI, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, IV, 2016, 505-511; altresì, cfr. F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2016, 69-81; in aggiunta, cfr. F. KARRER – A. SCOGNAMIGLIO, *Dèbat public all'italiana, ovvero come mutare nozioni senza innovare comportamenti*, in *www.apertacontrada.it*, 7 aprile 2016.

³² Il titolo III, dedicato alla "Pianificazione, programmazione e progettazione", comprende gli artt. 21-27, d.lgs. n. 50/2016.

decisione. In questo modo, si ritiene di poter assistere ad un passaggio da casi di negoziazione del conflitto, a situazioni di generale negoziazione sul contenuto discrezionale della scelta dell'amministrazione.

Com'è evidente l'istituto del dibattito pubblico, così come disciplinato dall'articolo 22 del codice dei contratti pubblici, si caratterizza per essere stato disegnato in modo assolutamente lacunoso, in quanto la compiuta attivazione della disciplina viene rimandata all'entrata in vigore di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri³³.

Il legislatore del nuovo codice dei contratti pubblici, tuttavia, pone le basi per il funzionamento dell'istituto. Invero, nonostante la rubrica dell'articolo lasci pensare ad una positivizzazione del principio di trasparenza in materia di dibattito pubblico³⁴, appare opportuno, invece, sottolineare come il legislatore abbia inteso riferirsi ad un meno incisivo principio di pubblicità. Viene previsto, infatti, che dovranno essere pubblicati nel profilo del committente sia i progetti di fattibilità relativi alla realizzazione delle opere complesse, sia gli esiti della consultazione pubblica, che terranno conto anche degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse³⁵.

Nel contesto normativo delineato dal legislatore si ritiene di accogliere con favore la previsione secondo la quale il momento di instaurazione del subprocedimento di dibattito pubblico coincide con il progetto di fattibilità. A parere di chi scrive, questa statuizione segna il definitivo tramonto della concezione per la quale la consultazione pubblica, prima di riguardare la modalità con la quale l'opera viene portata a compimento, deve spingersi a valutare se le comunità locali, sulle quali gravano le conseguenze derivanti dalla realizzazione, intendano, appunto, costruirla³⁶.

Altra caratteristica rilevante emerge in considerazione della duplice veste del dibattito pubblico: si profilano casi in cui l'attivazione della procedura partecipativa sarà obbligatoria, spettando sempre al decreto del Presidente del Consiglio fissare i criteri e le soglie dimensionali per cui si ritiene obbligatoria l'attivazione della consultazione pubblica. In altri casi, la fruizione del modulo

³³ L'articolo 22, comma 2, prevede che il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri deve essere adottato entro un anno dall'entrata in vigore del codice. Ad oggi, risulta disponibile per gli interpreti una bozza di decreto attuativo della norma del codice dei contratti pubblici.

³⁴ In tal senso, A. AVERARDI, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, cit., 507, parla, appunto, di "trasparenza informatica".

³⁵ Questo onere di pubblicità è rinvenibile nell'articolo 22, comma 1. Quanto, invece, alla differenza tra pubblicità e trasparenza, su tutti, cfr. F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in *Scritti in onore di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, I, 639 ss.

³⁶ Sul valore prodromico della valutazione circa l'opportunità di realizzare un'opera, che non sia "sgradita" dalla comunità ospitante, su tutti, cfr. L. BOBBIO, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Il caso dell'Autostrada di Genova*, in *Riv. it. di pol. pubbl.*, 2010, 119 ss.

procedimentale di dibattito pubblico resta subordinata alla scelta discrezionale³⁷ dell'amministrazione³⁸.

La norma concede due ulteriori spunti di riflessione. Anzitutto sarà compito dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero dell'ente che propone l'opera, indire e curare la procedura di dibattito pubblico³⁹. Si può ritenere, dunque, di essere dinanzi ad un processo di responsabilizzazione delle amministrazioni, le quali saranno tenute – in alcuni casi addirittura obbligate – ad indire e curare la consultazione pubblica. Così facendo, dunque, il legislatore non solo ha inteso svincolare il cittadino da attività di propulsione del dialogo ma, contestualmente, ha legato l'operato dell'amministrazione e, dunque, il raggiungimento dell'interesse – nel caso di specie, la costruzione dell'infrastruttura – alla necessaria partecipazione delle comunità locali.

In secondo luogo, assolutamente rilevante è la previsione secondo cui le risultanze del dibattito pubblico saranno discusse in sede di conferenza dei servizi⁴⁰. Una tale ipotesi apre un nuovo scenario che, di fatto, potrebbe ridimensionare l'utilità dell'istituto: oltre ad un già complesso coordinamento tra amministrazione e comunità locali, la valutazione delle risultanze della consultazione pubblica in conferenza dei servizi consente l'ingresso in gioco anche dell'organo politico. Così inteso, il dibattito pubblico, da modulo endoprocedimentale funzionale ad un più autentico ascolto della voce della comunità locale, si trasformerebbe, in relazione a tale specifico momento, in un modello di coordinamento politico tra i vari interessi. Questa previsione, quindi, profilerebbe un allontanamento dalla *ratio* principale sottesa alla sua istituzione. Se con il dibattito pubblico l'attenzione del legislatore avrebbe dovuto

³⁷ In questa sede, tuttavia, nell'ottica di un miglior svolgimento della funzione amministrativa, soprattutto nei casi nei quali sorga un rapporto tra autorità e consenso, si sposa la tesi della doverosità della partecipazione; in tal senso, cfr. S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, cit., 79-80. L'A., infatti, afferma che "Il dovere di consentire la partecipazione scaturisce dalla circostanza che essa contribuisce non solo a garantire la posizione dei destinatari del provvedimento, ma anche a realizzare una decisione che tenga conto di tutti gli interessi coinvolti nella maniera più completa ed adeguata per la migliore attuazione dell'interesse pubblico concreto". In questo senso e, in modo particolare, con riferimento al decisivo ruolo delle comunità locali nella scelta dell'opera da realizzare, cfr. F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, I, 11 ss.; l'A., nella specie, afferma che "...appare coerente la disposizione secondo cui le manifestazioni sono prese in considerazione da parte dell'amministrazione soltanto se pertinenti all'oggetto del procedimento: la pertinenza deve essere interpretata come attitudine degli elementi rappresentati ad arricchire il materiale cognitorio sulla base del quale l'amministrazione fornisce la soluzione migliore".

³⁸ In ordine al timore del legislatore di affermare l'obbligatorietà, in tutti i casi e per tutte le grandi opere del dibattito pubblico cfr. confronta *supra* (par. 2), ove si riflette sulla nuova procedura di inchiesta pubblica nel codice dell'Ambiente, di cui all'art. 24-bis, l. n. 104/2017, rinvenendosi nella prima ancora una certa diffidenza nei confronti valore aggiunto insito in un'accezione portatrice l'accezione "proattiva" della partecipazione.

³⁹ Articolo 22, comma 3, d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁰ Articolo 22, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.

plausibilmente essere rivolta a garantire la massima partecipazione democratica alle decisioni complesse, in modo da superare gli ostacoli tradizionalmente causati dal dissenso ostruzionistico, la scelta di discutere gli esiti della consultazione pubblica in sede di conferenza di servizi parrebbe sconfiggere l'obiettivo principale sotteso all'introduzione dell'istituto *de quo*, proponendolo come sede alternativa della decisione amministrativa, ed alterandone l'originaria natura di modulo endoprocedimentale volto a favorire il ruolo proattivo della partecipazione democratica.

Nella ricostruzione dei tratti distintivi dell'istituto si affianca evidentemente al dato positivo sin qui considerato quello recato dallo schema di decreto attuativo dell'articolo 22 del codice dei contratti pubblici, non ancora pubblicato e atteso per dettare le regole procedurali per l'esercizio del dibattito pubblico⁴¹. La breve bozza di decreto attuativo⁴² dell'istituto può certamente rappresentare un punto di riferimento utile all'indagine – perciò *de jure condendo* – che ci occupa, nella misura in cui pare possibile cogliere, all'interno della stessa, gli aspetti più rilevanti della disciplina *de qua*⁴³.

In particolare, con riferimento alle regole procedurali, nei casi di attivazione del dibattito pubblico, lo schema di decreto introduce alcune novità che si ritiene di dover accogliere favorevolmente⁴⁴.

Al fine di favorire una più ampia partecipazione durante la consultazione, l'ente proponente sarà tenuto a redigere un *dossier*, nel quale sarà innanzitutto oggetto di valutazione l'"*an*" della realizzazione dell'opera, indicando, solo in un secondo momento, anche le varie soluzioni progettuali "sul tavolo". In modo particolare la documentazione da sottoporre al cittadino viene redatta in un linguaggio non tecnico: in tal senso, dunque, verrebbe assicurata una partecipazione più consapevole dei componenti delle comunità locali, e, di conseguenza, si ridurrebbero le probabilità di instaurazione del conflitto in un momento successivo della procedura di dibattito pubblico⁴⁵.

⁴¹ Ad oggi risultano aver sottoscritto la bozza di decreto disponibile il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, nonché risultano pervenute le osservazioni degli altri Ministeri. Mancano, invece, i pareri delle Camere e del Consiglio di Stato. Per un primo commento alla disciplina del dibattito pubblico, così come integrata dal decreto "correttivo", d.lgs. n. 56/2017, si veda M. IMMORDINO, *Trasparenza nella partecipazione di portatori di interesse e dibattito pubblico*, in *Codice dei contratti pubblici*, G. M. ESPOSITO (a cura di), I, Torino, UTET, 2017, 191-205.

⁴² Lo schema di decreto, infatti, è composto da soli otto articoli.

⁴³ A tal proposito, non si effettuerà un'analisi esegetica degli articoli contenuti nella bozza di decreto attuativo, ma, oltre che in relazione al ruolo della partecipazione nella consultazione pubblica, si indagherà sulla presenza di un "supervisore" indipendente, incaricato di dirigere e curare la procedura di dibattito pubblico.

⁴⁴ Per una prima analisi della bozza di decreto "attuativo" dell'articolo 22 del Codice dei contratti pubblici, cfr. A. AVERARDI, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, Relazione al Convegno AIPDA, *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Bergamo, 5-6-7 ottobre 2017, in www.diritto-amministrativo.org.

⁴⁵ L'introduzione di un regime di preventiva informazione dei cittadini, attraverso la

Dalla lettura della bozza sembrerebbe inoltre trasparire la volontà del legislatore di affrontare il nodo – ancorché non compiutamente sciolto come si dirà – relativo al carattere indipendente e neutrale delle figure soggettive destinate a governare l'intero segmento procedurale. In tal senso, il corretto svolgimento del dibattito pubblico è affidato, analogamente a quanto emerge dall'osservazione dell'omologo paradigma francese, ad una Commissione Nazionale del dibattito pubblico, ad un responsabile del procedimento e ad un comitato di monitoraggio. Tuttavia, a differenza di quanto accade nella legislazione d'oltralpe, nel modello italiano di dibattito pubblico affiorano diversi profili lacunosi circa l'indipendenza delle figure soggettive alle quali è affidato il compito di guidare la consultazione, di guisa da mettere in pericolo la terzietà delle risultanze derivanti dal confronto tra promotore dell'opera e comunità locali.

Anzitutto, un primo rilievo critico attiene alla conformazione della Commissione Nazionale per il Dibattito Pubblico. Sebbene la consultazione pubblica, il cui obiettivo è gestire il dissenso delle comunità locali, dovrebbe essere guidata da un organo *super partes*, lo schema di decreto prevede che la Commissione sia istituita presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti⁴⁶. In tal senso, al fine di non destare perplessità in ordine alla garanzia del profilo della terzietà, sarebbe stato più opportuno, come già avviene in Francia, configurare la stessa Commissione come autorità amministrativa indipendente.

Nella distribuzione dei ruoli e delle funzioni si ritiene di poter rilevare due ulteriori profili di criticità con riferimento alla garanzia dell'indipendenza. Il primo è rappresentato dalla circostanza che i responsabili del procedimento di dibattito pubblico, nonostante si tratti di soggetti "accreditati", saranno scelti, attraverso una procedura pubblica, dal promotore dell'opera, profilandosi situazioni di potenziale incompatibilità, soprattutto se si tiene conto dei compiti di cui è titolare il responsabile del procedimento⁴⁷.

predisposizione di *dossier* mira, appunto, alla drastica riduzione di un fisiologico spazio di asimmetria informativa tra ente proponente e comunità ospitante.

⁴⁶ Secondo lo schema di decreto, la Commissione dovrebbe essere composta da tredici membri, scelti tra Enti locali ed organi politici. Al fine di far partecipare competenti sul metodo, e non nel merito, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta della Commissione, nomina fino a tre esperti in materia di mediazione dei conflitti, progettazione partecipata e dibattito pubblico. In Francia, invece, le funzioni e la composizione della *Commission Nationale du Dèbat Public* trovano riferimento, nel *Code de l'Environnement*, nella Sezione II, intitolata *Composition et fonctionnement de la Commission nationale du débat public*, ed è disciplinata dagli articoli L121-3 ss. La *Commission* si compone di venticinque membri, e comprendono rappresentanti politici; membri scelti dei Tribunali amministrativi, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato; rappresentanti e portatori di interessi diffusi e collettivi; esperti in maniera di infrastrutture e processi partecipativi. Quanto alla letteratura italiana sul ruolo della CNDP, cfr., J.F. BERAUD, *Il caso della Francia. La Commission Nationale du débat public*, in A. VALASTRO, *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Jovene, Napoli, 2010, 387-395.

⁴⁷ Il responsabile del dibattito pubblico, oltre ad elaborare il documento di progetto del

A ciò si aggiunge che il rispetto della terzietà e dell'indipendenza degli organi che dirigono il dibattito pubblico viene altrettanto minato dal ruolo del Comitato di monitoraggio; in modo particolare, si prevede che questo organo, che avrà, tra gli altri compiti, quello di verificare le modalità con le quali viene garantita la partecipazione, sia composto dalle amministrazioni locali.

In questo senso, due sono i profili problematici che emergono: se l'istituto del dibattito pubblico nasce al fine di garantirne un ruolo proattivo della partecipazione democratica, utile a ridurre le cause del dissenso, la previsione relativa al ruolo degli enti locali in ordine alla conduzione del regime partecipativo si pone nella direzione opposta rispetto alla scelta del legislatore, in quanto, talvolta, sono proprio gli enti locali e le amministrazioni a guidare le proteste.

Altra problematica scaturente dall'inclusione degli enti locali nei Comitati di monitoraggio potrebbe essere rappresentata dal ritorno ad una negoziazione della partecipazione, poiché l'obiettivo da perseguire, in questo senso, sarebbe rinvenibile nella mera persuasione dei cittadini in ordine alla bontà dell'opera.

Tutto ciò potrebbe indurre l'interprete a ritenere che l'aspetto su cui il legislatore si è voluto soffermare non risiede nella valorizzazione del ruolo proattivo della partecipazione ma, appunto, nella negoziazione del consenso. In tal senso, si rischierebbe un allontanamento dalla funzione ispiratrice del dibattito pubblico, che è quella di garantire la partecipazione al fine di svelare placidamente le proprie preferenze, per rompere le barriere del dissenso ostruzionistico e, come conseguenza, intervenire nelle fasi procedurali idonee a consentire all'amministrazione di giungere ad una scelta maggiormente condivisa dalle comunità locali.

4. *La partecipazione democratica e il dibattito pubblico: un ulteriore caso di frammentazione della disciplina? Considerazioni conclusive*

L'individuazione della funzione attribuita alla partecipazione democratica nella realizzazione delle infrastrutture strategiche costituisce uno degli aspetti su cui la scienza giuridica appare maggiormente incerta, anche in ragione della carenza di una normazione organica sul punto.

Alla luce di quanto osservato con riguardo sia alla normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici, sia alla bozza di decreto in corso di approvazione, viene da chiedersi se l'introduzione del dibattito pubblico abbia effettivamente colmato il *deficit* di partecipazione delle comunità locali nelle procedure di

dibattito pubblico, stabilendo i temi di discussione, le modalità di svolgimento ed il calendario degli incontri, ha anche il compito di favorire il confronto tra le parti e far emergere le posizioni in campo. È proprio in quest'ultimo dei compiti descritti che potrebbero sorgere delle situazioni di potenziale incompatibilità, con riferimento all'obiettivo di assicurare imparzialità nel dialogo tra proponente e comunità locale.

realizzazione delle grandi opere. È altresì lecito domandarsi se la collocazione del dibattito pubblico nel codice degli appalti consenta di attribuire alla relativa disciplina carattere generale rispetto alle discipline previgenti, di carattere speciale, sulla partecipazione nelle decisioni complesse o se, invece, costituisca un ulteriore esempio di frammentazione della normativa in materia.

L'introduzione del dibattito pubblico rappresenta sicuramente una novità rilevante nello scenario della partecipazione democratica in quanto, con l'istituto *de qua*, si mira a "decostruire i conflitti"⁴⁸ e, dunque, a proceduralizzare i consensi nella realizzazione delle grandi infrastrutture; tutto ciò, chiaramente, con l'obiettivo di assicurare la partecipazione democratica nella fase embrionale dell'opera, quando ancora tutte le opportunità progettuali, comprendendo anche l'opzione zero, sono ancora perseguibili.

Tuttavia a fronte della positivizzazione di una disciplina volta a sciogliere il nodo⁴⁹ del consenso e de-verticalizzare i processi decisionali pubblici⁵⁰, un'analisi *tout court* della normativa potrebbe indurre a ritenere che la strategia della persuasione e della "retorica delle riforme" abbia, tuttavia, portato a risultati applicativi modesti quanto all'effettività della partecipazione democratica nelle decisioni difficili dell'amministrazione⁵¹.

La scelta compiuta dal legislatore rispetto all'alternativa qualificazione del ricorso al dibattito pubblico in senso obbligatorio o facoltativo denota in maniera evidente una certa timidezza del primo nell'individuazione di uno strumento efficace nella prospettiva di sciogliere i nodi delle decisioni complesse.

In tal senso, il riconoscimento del potere discrezionale dell'amministrazione ai fini dell'attivazione del dibattito pubblico è confermata nell'unico allegato alla bozza di decreto attuativo, il quale subordina l'indizione della consultazione pubblica da parte dell'amministrazione competente alla sussistenza di specifici requisiti, in termini di valore economico e tecnico dell'opera⁵². Tale opzione, nel richiedere la necessaria presenza di condizioni fattuali ed economiche eccessivamente elevate, genera un contrasto con la *ratio* stessa del dibattito pubblico, finendo col circoscrivere l'impiego della relativa procedura ai casi – in sostanza isolati – nei quali il coinvolgimento delle comunità locali si mostra imprescindibile⁵³.

⁴⁸ In tal senso ancora, A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzioni di grandi opere e partecipazione democratica*, cit., 1213-1220.

⁴⁹ In questi termini, cfr. L. TORCHIA (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, cit.

⁵⁰ In tal senso, A. AVERARDI, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, cit., in www.diritto-amministrativo.org.

⁵¹ Sul punto, cfr., A. VALASTRO, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme ed umiltà dell'attuazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, I, 35-95.

⁵² Si prevede, tuttavia, a conferma dell'ampia discrezionalità attribuita all'amministrazione, che "resta ferma la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice o di un ente proponente di indire il dibattito pubblico anche per le opere non ricomprese nell'allegato 1".

⁵³ Effettuando un'analisi comparata delle soglie e dei criteri che obbligano l'amministrazione

Da una lettura *a contrario* della disposizione, è possibile ritenere che il legislatore, salvo aver disciplinato le undici tipologie di opere le quali, al verificarsi dei requisiti previsti, obbligano l'ente proponente ad indire il dibattito pubblico, in realtà abbia inteso confermare il monopolio della scelta in capo all'amministrazione. *Rebus sic stantibus*, pur avendo l'amministrazione la possibilità di azionare la consultazione pubblica in ipotesi ulteriori rispetto a quelle in cui è obbligatoria, è ragionevole attendersi che in tali ulteriori circostanze opererà per una decisione non integralmente condivisa.

Si ritiene inoltre di non poter accogliere favorevolmente la scelta di sottoporre alla conferenza dei servizi gli esiti del dibattito pubblico – opzione che si mostra inadeguata rispetto al fine di assicurare un concreto apporto decisionale delle comunità locali – essenzialmente per due ragioni: con specifico riferimento alla decisione, l'inserimento dell'organo politico nella discussione sugli esiti della consultazione pubblica non vale a blindare in senso assoluto la scelta cui si è addivenuti nel subprocedimento di dibattito pubblico⁵⁴, in virtù della possibilità di impugnare le decisioni rese in sede di conferenza dei servizi dinanzi al giudice amministrativo.

Altro profilo che desta più di qualche perplessità attiene poi alla effettività della partecipazione: la conferenza dei servizi, com'è noto, è a tutti gli effetti un tavolo delle amministrazioni, cui non partecipano i cittadini in quanto tali ma, secondo oscillazioni della giurisprudenza e aperture del legislatore registrate negli interventi che hanno novellato gli articoli 14 ss., categorie di interessati a vario titolo⁵⁵. Questa scelta, dunque, produce un rischio di scostamento dell'isti-

ad avviare la procedura di dibattito pubblico, emerge che in Francia il *quantum* necessario è inferiore rispetto a quello italiano. Invero, a titolo esemplificativo, se nel caso della creazione di autostrade, in Italia si deve comunque trattare di “opere che comportino una lunghezza del tracciato superiore a 15 km e comunque con un valore di investimenti pari o superiore a cinquecento milioni di euro”, in Francia il “costo del progetto deve essere superiore a trecento milioni di euro”.

⁵⁴ A differenza di quanto disciplinato nell'articolo 22 del codice dei contratti pubblici, al fine di voler svincolare la partecipazione dalla decisione, in Francia il legislatore ha espressamente previsto che, una volta conclusa la procedura di localizzazione dell'infrastruttura, non potranno essere fatti valere profili di irregolarità del dibattito pubblico dinanzi al giudice amministrativo. Quanto alla letteratura sul punto, cfr. G. PIZZANELLI, *Infrastrutture di trasporto e politiche ambientali: prevenzione e contrasto ai fenomeni di conflittualità*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, Giappichelli, Torino, 2015, 66. In modo particolare, l'A. afferma che, in Francia, la decisione all'esito della localizzazione dell'infrastruttura viene “blindata”.

⁵⁵ Diversi sono i contributi in materia di partecipazione del privato in sede di conferenza di servizi. A favore della tesi secondo cui con il passaggio da un procedimento lineare ad un procedimento trasversale – quale, appunto, la conferenza di servizi – devono comunque essere assicurate le garanzie partecipative per il privato, cfr. D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002, 138. Secondo quanto affermato dall'A., la previsione della Conferenza di servizi nell'ambito del procedimento transattivo non comporta l'esclusione

tuto del dibattito pubblico dalla *ratio* sottesa al primo – che ha motivato peraltro l’inserimento della relativa disciplina nel codice dei contratti pubblici – e cioè la garanzia della massima partecipazione nella scelta circa la realizzazione della decisione complessa.

Alla luce di quanto sino a questo punto osservato, si ritiene che la mera collocazione del dibattito pubblico nel corpo normativo dedicato alla contrat-

della partecipazione dei privati quanto, piuttosto, una regolazione della stessa, inserendola nella fase istruttoria antecedente il processo decisionale, riservato, invece, esclusivamente ai pubblici poteri; sul punto, si veda, altresì, M. SANTINI, *Analisi della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di conferenza di servizi*, in *Urb. e app.*, 2004, pp. 520-521. In particolare, l’A. afferma che “Se dunque il procedimento ammette la partecipazione e la conferenza sostituisce il procedimento, ne deriva che, per la proprietà transitiva, anche la conferenza deve ammettere l’intervento dei privati, salvo previsioni normative di segno contrario che tuttavia non è dato riscontrare”; ancora, in termini simili, S. COGNETTI, *Qualità e quantità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2000, 345 ss. L’A. si sofferma sull’esigenza di assicurare la partecipazione dell’interessato “in ogni fase del procedimento nella quale tale eventualità concretamente si profili”, ammettendosi l’intervento del privato perfino in un momento immediatamente antecedente alla ponderazione finale, quando ciò sia reso doveroso dal tardivo profilarsi di tale coinvolgimento. Sul ruolo determinante del privato al fine di una scelta avvenuta all’esito di una completa indagine istruttoria, F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa*, Napoli, ESI, 2000, 119 ss, il quale sostiene la partecipazione del privato al modulo trasversale della conferenza di servizi favorisce così un maggiore grado di accettabilità giuridica della scelta dell’amministrazione. Sulle garanzie partecipative in sede di conferenza di servizi, anche il Supremo Consesso Amministrativo si è espresso in senso favorevole ad un coinvolgimento doveroso del privato nei procedimenti trasversali. *Ex multis*, cfr. Cons. St., Sez. VI, 5 dicembre 2007, n. 6183, in *Foro amm. CDS*, 2007, p. 3491, dove è affermato che “qualora le fasi procedimentali vengano sostituite da diversi modelli di procedimento o di adozione delle decisioni (accordi di programma, conferenza di servizi), è onere delle Amministrazioni procedenti di individuare tempi e modi per consentire la partecipazione dei privati la cui sfera giuridica viene interessata dagli effetti dell’azione amministrativa”. Da ultimo, sul tema della partecipazione dei privati in conferenza dei servizi ha inciso il decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127, “*Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell’articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124*”. Per ciò che interessa questa indagine, il nuovo articolo 14-ter, c. 6, della l. n. 241/90, prevede espressamente che “*Alle riunioni possono essere invitati gli interessati, inclusi i soggetti proponenti il progetto eventualmente dedotto in conferenza*”. Nonostante venga superato il limite contenuto nella vecchia disciplina all’articolo 14-ter, c. 2-bis, in virtù della quale la partecipazione in sede di conferenza di servizi era esclusa per alcune categorie di soggetti potenzialmente interessate a far sentire la propria voce quali, ad esempio, i portatori di interessi collettivi ed interessi diffusi, si ritiene di non poter condividere pienamente quanto affermato da L. CARBONARA, *La nuova conferenza di servizi: la complessa ricerca della semplificazione, tra composizione degli interessi e celerità decisionale*, pubblicato su *www.giustamm.it*, X, 2016. In particolare, l’A., affermando che la partecipazione del privato nella nuova conferenza di servizi “valorizza anche tale momento collaborativo con il privato, in grado di arricchire il quadro istruttorio in funzione di una migliore decisione finale”, non tiene conto del fatto che la loro convocazione resta nella discrezionalità dell’amministrazione, la quale ben potrebbe optare per una scelta non condivisa con coloro che potrebbero subire i riflessi negativi derivanti dall’esito della decisione complessa.

tualistica pubblica parrebbe non costituire l'esito di un processo volto ad inglobare la totalità delle discipline sulla partecipazione nelle decisioni complesse ma, piuttosto, sia sintomatica di un'ulteriore frammentazione delle discipline sulla partecipazione democratica nella realizzazione delle opere strategiche.

Ambiente, urbanistica e contratti pubblici: tra queste materie, il comune denominatore è caratterizzato dalla presenza di una legislazione al cui interno è garantita la partecipazione democratica. Tuttavia, può osservarsi come il legislatore, non avendo mai provveduto a regolamentare in maniera organica la materia, coordinando le diverse discipline sulla partecipazione delle comunità locali per la realizzazione delle grandi opere e, soprattutto, avendo circoscritto la portata applicativa del dibattito pubblico al campo del codice dei contratti pubblici, pare aver perso una grande occasione per conseguire risultati in tale direzione. In questa prospettiva lo stesso avrebbe potuto recuperare l'istituto dell'istruttoria pubblica, affidando un ruolo determinante ai cittadini nella scelta dell'amministrazione.

Va aggiunto, inoltre, che la previsione di un tale principio nella legge generale sul procedimento amministrativo avrebbe risolto a monte anche il problema dei conflitti interistituzionali con riferimento alle grandi opere, problema che, ad oggi, risulta essere uno dei motivi principali di interruzione della realizzazione di infrastrutture strategiche. Appare infatti paradossale che gli enti locali, e non anche il legislatore nazionale, abbiano compreso come la partecipazione democratica possa essere lo strumento maggiormente idoneo per agire sulle cause del dissenso, che sfociano in conflitti *intra* ed *extra* procedimentali. Il problema del raccordo istituzionale non sembra superato, come dimostra anche la vicenda che riguarda l'adozione della "Legge sulla partecipazione" della Regione Puglia (l. n. 28/2017) impugnata dinanzi alla Corte Costituzionale dal Governo, in quanto contenente il riferimento ad opere di rilievo nazionale, che, a parere di quest'ultimo, non dovrebbero essere trattate dal legislatore regionale, bensì da quello statale⁵⁶.

⁵⁶ L'articolo 7 della legge della Regione Puglia n. 28/2017 prevede la possibilità di assicurare la partecipazione democratica alle opere strategiche tramite lo svolgimento della procedura di dibattito pubblico. In modo particolare, al comma 5, si prevede espressamente che: "Il dibattito pubblico si svolge sulle seguenti tipologie di opere nazionali per le quali la Regione Puglia è chiamata a esprimersi: a) infrastrutture stradali e ferroviarie;

b) elettrodotti;

c) impianti per il trasporto o lo stoccaggio di combustibili;

d) porti e aeroporti;

e) bacini idroelettrici e dighe;

f) reti di radiocomunicazione;

g) trivellazioni a terra e a mare per la ricerca e produzione di idrocarburi.

Abstract

The public debate on large infrastructures: which role for democratic participation?

by Alessandro Di Martino

The attention of the legislator to the role of democratic participation in strategic infrastructures has been confirmed by the introduction of public debate into the public contracts Code. In this framework, we inquired whether the introduction of this institute overcame the gaps arising from the legislators' choice to operate in an inconsistent way on the participation of local communities for the realization of huge activities.

After the analysis of complex administrative decisions characteristics and the necessity to ensure an effective level of participatory safeguards, we focused on citizens' participation in the field of environmental and urban planning. Pursuant to the recent reform of the environmental code (introduced by Legislative Decree n. 104/2017), in fact, democratic participation has not been effectively guaranteed, leading the administration to think about whether or not to involve the citizens.

The study concerns the analysis of public debate, both with reference to the article 22 of the public contracts Code, and to the draft decree - not yet into force - that must dictate the procedural rules on the use of the institute.

While on the one hand public debate would seem to mark a turning point with reference to the effectiveness of democratic participation, since the activation of the procedure still allows to have a "zero option", on the other hand several limits deriving from the legislation still *de jure condendo* have been highlighted.

The decree draft reveals problematic issues regarding the independence and the neutral nature of the subjective categories that will govern the public consultation process. Referring to citizens participation, instead, it would seem not fully guaranteed for two reasons: firstly, public debate activation restored the administration's discretionality, which will only have to reach very high standards in technical and economic.

A further perplexity regards the guarantee of participation, since the forecast of the consultation outcome will be discussed at the conference of services, being this conference a board of administrations to which only certain categories of people in different qualifications can participate.

Profili di giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo spagnolo

di Domenico Marrello

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Brevi cenni sull'evoluzione del sistema spagnolo di giustizia amministrativa. – 3. Alcune incoerenze soggettive del processo amministrativo spagnolo. – 3.1. Il poliforme oggetto del Contencioso amministrativo. – 3.2. L'incerta positivizzazione del principio della domanda. – 3.3. La possibile estendibilità ai terzi della pronuncia del Juez. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Negli ultimi anni pare essere stata vinta la tradizionale resistenza alla comparazione fra i diversi modelli amministrativi nazionali che trovava giustificazione nell'intrinseca connotazione statalista del diritto amministrativo. A ciò ha contribuito soprattutto la sempre più crescente circolazione dei concetti e dei principi generali in materia fra i diversi sistemi, senz'altro favorita – almeno per i paesi dell'Unione Europea – dal percorso di armonizzazione sovranazionale di alcuni di essi, che pare aver assottigliato quella linea di demarcazione che caratterizzava nettamente la classica bipartizione fra i c.d. sistemi “non a diritto amministrativo” e quelli che invece nel tempo avevano propeso per la rigida strutturazione della funzione pubblica.

In tal senso, uno dei più stimolanti percorsi tracciati dal contemporaneo fervore comparatistico può individuarsi nella verifica della circolazione del modello di tutela soggettiva fra i diversi sistemi giurisdizionali amministrativi che esplicitamente si dichiarano improntati a tale modalità di protezione delle situazioni giuridiche. Tra questi, la *Jurisdicción Contencioso-administrativa* spagnola, negli scorsi decenni profondamente riformata allo scopo di mutarne l'originario carattere revisore in un sistema improntato alla tutela delle posizioni degli amministrati¹.

A tale scopo occorre innanzitutto svolgere qualche breve premessa che possa meglio chiarire il percorso che si seguirà nell'analisi di alcuni profili della giustizia amministrativa spagnola.

Si è ben consapevoli, infatti, come sia alquanto difficile sovrapporre perfettamente un sistema processuale ad un altro, pur avendo questi la medesima matrice originaria – come è il modello francese per i processi italiano e spagnolo. Nello specifico, poi, l'accostamento fra i citati modelli processuali potrebbe so-

¹ Per tutti, fra i sostenitori dell'apertura del sistema spagnolo di giustizia amministrativa a forme di tutele propriamente soggettivistiche E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Madrid 2006, 605 s..

fruire di alcune differenze teoriche e materiali di non scarsa rilevanza, prime fra tutte l'oggetto di conoscenza del giudice amministrativo² e, in conseguenza di ciò, la struttura di funzionamento e di riparto di attribuzione e cognizione fra i diversi ordini³.

D'altro canto, l'utilità del raffronto fra il sistema italiano e spagnolo troverebbe conforto in argomenti che sicuramente potrebbero superare le difficoltà accennate. In tal senso, è bene notare come entrambi i sistemi processuali si

² Si vuole fare riferimento alla figura dell'interesse legittimo che nel sistema di giustizia amministrativa spagnolo è sì riconosciuto come situazione giuridica soggettiva ma senza una matura consapevolezza – fondamentale per il sistema italiano – delle proprie peculiarità e diversità rispetto al diritto soggettivo. Riguardo al tema della concezione europea dell'interesse legittimo si rinvia a A. BARTOLINI, *L'interesse legittimo nel diritto europeo e comparato*, in B. Cavallo (a cura di), *Diritti e interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, 13.

³ Uno degli elementi che caratterizzano la diversità, rispetto al sistema italiano, del modello spagnolo è la struttura monista del proprio funzionamento e dell'organizzazione. In Spagna, infatti, il principio di unità della giurisdizione è regola fondamentale dell'amministrazione della giustizia, sancito dall'art. 117 della Costituzione, che affida il controllo di legalità e legittimità della pubblica funzione a organi giurisdizionali autonomi ma che ad ogni modo operano come Sezioni Specializzate nell'ambito di un unico organo giurisdizionale (art. 106). Tale impianto di organizzazione comporta che i conflitti di attribuzione fra i giudici spagnoli si risolvano più propriamente in conflitti di competenza piuttosto che di giurisdizione e vedono l'operare, tra le altre differenze rispetto al modello italiano, la prevalenza di criteri di materia o di provenienza dell'atto nel segnare il riparto fra i diversi giudici ordinari specializzati in affari dell'amministrazione. Per tali motivi, la differenza fra situazioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo o di interesse legittimo, pur essendo conosciuta al sistema spagnolo, non segna alcun limite né esterno né interno alla giurisdizione, poiché l'individuazione del giudice competente a prendere cognizione di una questione che riguarda l'attività amministrativa avviene attraverso regole di riparto soggettive (di provenienza) ed oggettive (di materia) che delimitano la competenza fra i diversi giudici amministrativi in ragione dell'Amministrazione convenuta o degli atti concretamente impugnati, o funzionali, che incardinano cioè la competenza del *Juez administrativo* inderogabilmente. Oltre al coacervo di regole appena accennate, la struttura generale del sistema è caratterizzata inoltre dalla presenza di una serie di giudici amministrativi, ognuno con specifiche competenze e i cui rapporti non sempre si risolvono secondo una gerarchia di ordine o di grado. In via di sintesi, l'organizzazione della giustizia amministrativa spagnola conosce: *Juzgados de Contencioso-administrativo Provinciales*, giudici monocratici competenti a giudicare atti delle autorità locali, degli organi periferici dello Stato e delle Autorità Autonome; la *Sala de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia*, tribunali regionali competenti direttamente e funzionalmente per una serie di atti di alcune amministrazioni e che svolgono funzione di giudice d'appello delle pronunce dei *Juzgados*; *Juzgados Centrales*, tribunali monocratici con sede a Madrid con competenza territoriale nazionale sugli atti dei Ministri e degli enti pubblici centrali; *Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional*, tribunale con competenza in via esclusiva sugli atti normativi dei Ministri e come giudice d'appello delle pronunce dei *Juzgados Centrales*; la *Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo*, con funzione nomofilattica e di giudice di cassazione per le decisioni in ultima istanza e con competenza esclusiva sui ricorsi avverso gli atti amministrativi e normativi di organi a particolare rilevanza costituzionale, come gli atti del Presidente del Consiglio dei Ministri, gli atti di gestione delle Camere e gli atti della Corte Costituzionale. In merito alla conformazione della giurisdizione amministrativa in Spagna e ai criteri di riparto fra i diversi organi, v. M. SÁNCHEZ MORÓN, *La celeridad del proceso contencioso-administrativo en España*, in V. Parisio (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, Milano, 2009, 61.

presumono ispirati ai medesimi principi generali sulla scorta dei quali le rispettive giurisdizioni sono finalizzate alla tutela di situazioni soggettive. Così, come il giudice amministrativo italiano deve conformare la propria funzione al rispetto del principio della domanda e della corrispondenza chiesto-pronunciato, parimenti il processo spagnolo si informa al *principio de rogación* e al *principio de congruencia*⁴. Allo stesso modo, inoltre, l'esercizio giurisdizionale del giudice spagnolo trova analoghi limiti rispetto al giudice italiano a protezione della propensione soggettiva del processo, stante la sottoposizione del primo al *principio de inalterabilidad de la pretensión*, omologo del principio dispositivo. Somiglianti, infine, sono anche le rispettive concezioni che i due modelli processuali assumono come idea di pretesa processuale, o *pretensión procesal*, caratterizzata dagli elementi del soggetto, dell'oggetto come bene giuridico rispetto al quale si invoca tutela, *petitum* e *causa petendi*⁵.

Sulla scorta degli accennati argomenti le considerazioni che seguiranno piuttosto che una finalità comparatistica, vogliono avere lo scopo ultimo di verificare l'effettiva propensione soggettiva di un sistema che si dichiara a tutela di situazioni giuridiche attraverso l'analisi di alcuni profili critici a causa dei quali l'esplicita manifestazione di intenti potrebbe essere contraddetta nelle concrete attuazioni.

2. Brevi cenni sull'evoluzione del sistema spagnolo di giustizia amministrativa

La nascita della giustizia amministrativa spagnola si può convenzionalmente far risalire all'istituzione del Consejo Real nel 1845 – divenuto nel 1860 Consejo

⁴ Interpretati questi in Spagna come principi che attribuiscono all'attore il potere esclusivo di azionare il sistema di tutele giurisdizionale e di delimitare il *thema decidendum* del processo con la propria azione e, segnatamente, attraverso i due elementi del *petitum* e della *causa petendi*. Sul punto v. F. CORDÓN MORENO, *El Proceso Contencioso-administrativo*, Navarra, 2001, 38. Specificamente sul *principio de congruencia* v. E. GAMERO CASADO, F. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, 2012, 575. In generale, sui principi generali della giustizia amministrativa spagnola si rinvia a L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, 2000, 505 s., il quale svolge una rassegna delle regole fondamentali del funzionamento del sistema processuale amministrativo spagnolo attraverso un rinvio ai principi enunciati nella Relazione alla *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* del 1956, fra cui: il principio dell'effettività tutela, secondo il quale il giudizio deve svolgersi nelle forme propriamente processuali con “valore di garanzia”; il diritto ad un processo dalla ragionevole durata; il principio di dualità delle parti, del contraddittorio; il principio *de rogación* o della giustizia *rogada* (principio della domanda) e di *congruencia* (tra pronunciato e domandato, con alcune necessarie eccezione per consentire al giudice di esercitare i poteri di *acción de officio*), infine il principio *iura novit curia*.

⁵ M.I. GONZALEZ CANO, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Valencia, 1997, 63 s. In merito al concetto di pretesa processuale e alla relativa importanza nel complesso della trattazione dottrinarie processuale spagnola si rinvia diffusamente a J. GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, Madrid, 1985, spec. 46, in cui l'A. afferma: “*todo proceso supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión*”.

de Estado – al quale venne attribuita la competenza a decidere in una serie di materie, enumerate rigidamente nel c.d. “sistema di lista”, afferenti il pubblico potere e oltre le quali non era consentita alcuna impugnazione da parte dei cittadini. Il primo principale cambiamento deve però registrarsi nel 1888, anno in cui il sistema si trasformò da un modello a “giustizia ritenuta” in un modello a “giustizia delegata”⁶ grazie alla sostituzione dell’originario “sistema di lista” con una clausola aperta di ricorribilità, per il tramite della quale avrebbe dovuto generalizzarsi la possibilità di impugnazione a tutte le materie amministrative. Tuttavia, tale cambiamento non portò agli esiti sperati; la previsione di molte e significative limitazioni all’operatività della clausola generale, infatti, determinò un sostanziale effetto di depotenziamento del nuovo sistema.

Con l’inizio del nuovo secolo, fino poi agli anni ‘50, il sistema spagnolo si dimostrò insensibile alle tendenze che avanzavano nel percorso di perfezionamento delle giurisdizioni nel resto d’Europa⁷. In quegli anni, infatti, il processo amministrativo spagnolo adottò un funzionamento a “sistema misto”, anche detto “sistema armonico”, per il quale l’organo deputato a giudicare i ricorsi era composto da giudici penali, civili e soggetti di “origine amministrativa”⁸.

Anche a causa delle vicende legate al II conflitto mondiale, non si diede seguito al, seppur lento, percorso di trasformazione della giustizia amministrativa spagnola e il modello giurisdizionale rimase un sistema di mero controllo di legalità fino alla metà degli anni ‘50.

Soltanto nel 1956, con la prima *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (LJCA), la Spagna si dotava perciò, con il contributo determinate del movimento dottrinario, di un effettivo sistema di giustizia amministrativa pienamente

⁶ L’originaria attribuzione della funzione giurisdizionale amministrativa ad organi specializzati della stessa amministrazione era fondata sull’idea di matrice francese – e condivisa da molti altri sistemi europei dell’epoca – per la quale il giudicare sull’amministrazione avrebbe significato in qualche modo continuare ad amministrare, ragion per cui veniva considerata inammissibile l’ipotesi di istituire organi giurisdizionali *ad hoc* che componessero le controversie nelle quali una delle parti era un attore pubblico.

⁷ Sul punto si rinvia a B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, 74.

⁸ E. GARCÍA ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?*, Navarra, 2007, 64, lo definisce “pittresco collegio di magistrati”, che diede soltanto un timido apporto a quello che, considerando la sua natura legalitaria, avrebbe già dovuto essere un limitato controllo sull’esercizio del potere. In quella fase l’idea che dominava il panorama giurisdizionale amministrativo spagnolo era da rinvenirsi nell’interpretazione in termini assoluti del principio di autotutela. Si riteneva cioè necessario che dinanzi ad un insorgente conflitto, fosse riconosciuto all’amministrazione il privilegio di potersi esprimere sul proprio atto ancor prima che un giudice potesse prenderne cognizione. Era convinzione diffusa, infatti, che fosse la decisione di seconda istanza presa in tal modo dall’amministrazione ad essere il vero oggetto del processo poi instauratosi, il quale si sarebbe così attestato su un rigido modello di giudizio di “revisione”.

giurisdizionale ed autonomo. Tale riforma ebbe il merito di superare l'arcaico e complesso sistema previgente e, soprattutto, in base ad una rigida interpretazione della separazione dei poteri, di applicare il principio di riserva di giurisdizione anche a quella amministrativa, rendendola così autonoma rispetto agli ordinari organi decidenti e all'amministrazione stessa. Pur tuttavia, la LJCA, proprio a causa dell'assolutezza autonomizzatrice che l'aveva ispirata, non superava la tradizionale connotazione obiettiva del processo, sicché l'amministrazione conservò il beneficio dell'autotutela e il giudice dovette attestarsi nel concedere tutela negli stretti limiti del controllo di legalità, non potendo in nessun caso sostituirsi all'autorità emanante il provvedimento impugnato⁹.

Il sistema instaurato dalla LJCA sopravvisse alle molte critiche per circa quarant'anni, resistendo anche a quella che doveva essere una nuova fase del contenzioso ispirata dalla successiva Costituzione del 1978¹⁰, e vide il suo tramontare soltanto con l'approvazione della *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* del 1998.

L'intento del legislatore del '98 era sicuramente dei più apprezzabili. Nonostante nella Relazione alla Ley fosse riproposta l'idea tradizione dell'ambivalente natura della giustizia amministrativa – per un verso finalizzata alla soddisfazione dell'interesse generale attraverso il controllo della legalità dell'azione amministrativa, mentre per un altro tendente a proteggere le situazioni soggettive dei cittadini – in diversi passaggi della Ley Reguladora emerge, infatti, l'aspirazione a costruire un nuovo sistema di *Jurisdicción Contencioso-administrativa* ispirato ai principi di soggettività ed effettività della tutela. Fra le più importanti novità si segnalano l'ampliamento dell'attività amministrativa impugnabile e la conseguente estensione delle posizioni tutelabili¹¹, il decisivo rafforzamento dell'efficacia

⁹ La rigida interpretazione del principio di separazione dei poteri determinò, infatti, da un lato l'istituzione di un ordine giurisdizionale autonomo, e, dall'altro, l'impossibilità che il giudice potesse essere considerato come un apparato gerarchicamente sovraordinato all'amministrazione. Di conseguenza il sistema contenzioso della LJCA funzionava alla stregua di un controllo a posteriori di mera legalità di una determinazione a carattere autoritativo, che poteva essere annullata – o anche determinare la condanna dell'amministrazione ad un *facere* – soltanto ove il suo esercizio o inerzia si fosse dimostrato contrario ad una norma di legge che imponeva l'esercizio di potere in modo diverso per la tutela dell'interesse pubblico.

¹⁰ Va notato che la Costituzione del 1978 si faceva promotrice per la giurisdizione contenzioso-amministrativa di una tendenza ambigua, ai più apparsa consolidatrice degli approdi raggiunti dalla LJCA, soprattutto in quegli articoli (106) in cui di fatto assegnava al sistema contenzioso-amministrativo il controllo della legalità dell'azione amministrativa.

¹¹ Nel complesso, la disciplina delle azioni della Ley Reguladora del '98 prevede la possibilità di ricorso contro una variegata serie di atti e comportamenti, fra cui: gli atti amministrativi e i regolamenti (strumento disciplinato in modo specifico secondo un procedimento abbreviato e finalizzato a produrre effetti *erga omnes*); l'inerzia dell'amministrazione; la *via de hecho* (la "via di fatto", espressione del concetto di attività amministrative materiali in pregiudizio di posizioni individuali viziate da illegittimità procedurali e sostanziali); malfunzionamenti di servizi pubblici,

della sentenza di annullamento e la relativa incidenza esecutiva, il superamento del carattere revisore del previgente modello processuale attraverso una regolamentazione della legittimazione ad agire, tale da porre come fulcro del processo la pretesa del ricorrente¹².

L'intervento normativo fu salutato con favore da gran parte della dottrina spagnola ed è stato definito come il passo decisivo del sistema contenzioso verso la modernizzazione della tutela amministrativa in linea con la tendenza soggettiva degli altri sistemi europei.

3. *Alcune incoerenze soggettive del processo amministrativo spagnolo.*

È indubbio che il sistema inaugurato dalla Ley Reguladora del '98 abbia portato nel contenzioso amministrativo spagnolo un forte spirito innovatore in linea con la propensione soggettiva della tutela di *pretensiones de satisfacción de situación jurídicas individualizadas*¹³.

Di tale spirito innovatore si è servita anche e soprattutto la giurisprudenza, la quale, già nelle prime applicazioni del nuovo sistema, non ha avuto timore nell'abbandonare il sistema di controllo a carattere meramente revisore ed ha riconosciuto al *principio de inalterabilidad* un valore non più soltanto formale¹⁴.

Ciononostante, pur nel rinnovato sistema contenzioso-amministrativo, rimangono ancora alcuni punti da chiarire in riferimento all'effettiva centralità della pretesa di parte come oggetto del processo e al rispetto del vincolo del principio della domanda. Come si avrà occasione di vedere, non sono pochi né trascurabili i passaggi nei quali la Ley del '98 pare risentire del retaggio revisore che così profondamente caratterizzava il sistema previgente e che, pertanto, meritano di essere approfonditi al fine di poter chiarire se l'ispirazione soggettiva annunciata dal legislatore spagnolo si sia effettivamente realizzata alla luce dell'attuale disciplina¹⁵.

per il quale è prevista la possibilità di agire anche per responsabilità patrimoniale. È prevista inoltre la possibilità di esperire ricorso per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, caratterizzato dalla celerità della procedura e dalla possibilità di riunione con altre azioni dal medesimo oggetto.

¹² M. GARCÍA PÉREZ, *El objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, Navarra, 2001, 121 s.

¹³ Soprattutto attraverso l'ampliamento dello spettro delle azioni proponibili, che prevede quattro modalità differenti di esperibilità del ricorso: la forma tradizionale di impugnazione disciplinato dagli artt. 25.1 e 31; il ricorso diretto o indiretto sulla "*legalidad*" di un atto o disposizione di rango inferiore alla legge ex artt. 26, 27 e 31; il ricorso contro l'inattività amministrativa previsto agli artt. 25.2, 29 e 32.1; il ricorso contro attività materiali o comportamenti agli artt. 30 e 32.2.

¹⁴ Le principali ricadute del nuovo atteggiamento della giurisprudenza si sono riscontrate soprattutto nella aver proceduto a distinguere la *res* litigiosa dai motivi di censura, nell'ammissibilità di pretese avanzate per la prima volta in giudizio e non precedentemente contestate all'amministrazione e, infine, nell'aver ritenuto ammissibili di nuovi fatti dedotti con la domanda. *Ex multis*, si v. la pronuncia del Tribunal Supremo (TS) del 14 giugno 2006, r.g.r. n. 2057/2003.

¹⁵ Oltre ai punti che verranno sviluppati nel corso della presente trattazione, occorre

3.1. *Il poliforme oggetto del Contencioso administrativo*

Con un coraggioso intento sistematico, la Ley Reguladora inserisce al Titolo III una disciplina espressamente riguardante l' "*Objeto del recurso contencioso-administrativo*" (oggetto del ricorso), nella quale dedica particolare attenzione nei primi due capitoli alla "*Actividad administrativa impugnabile*" (attività amministrativa impugnabile) e alle "*Pretensiones de las partes*" (pretese di parte).

All'interno dei due capitoli citati sono così elencati, rispettivamente, le diverse attività che possono essere oggetto d'impugnazione da parte del ricorrente¹⁶ e gli elementi caratterizzanti le pretese azionabili in giudizio.

La scelta del legislatore del '98 di voler affrontare attraverso una disciplina *ad hoc* la materia dell'oggetto del processo se, da un lato, merita di certo un plauso

accennare ad altre due "tracce dell'antico modello oggettivo" (espressione ripresa da F. RIZZETTO, "*Luca e ombre dei sistemi monistici e dualisti a confronto: il sindacato sul potere discrezionale in Italia e Spagna*", relazione all'incontro di studio "La giustizia amministrativa in Europa: Francia, Germania, Austria, Spagna", Roma, 28 ottobre 2013, in www.federalismi.it, 6, 2014, a cui si rinvia sul punto) e, segnatamente, alla regola legittimante dell'esaurimento dei rimedi amministrativi e del sistema processuali di ripartizione degli oneri notificatori in fase di proposizione del ricorso. Riguardo al primo punto, come già accennato, il modello di giustizia amministrativa spagnola impone come condizione di ammissibilità dell'azione processuale il previo esperimento di tutte le vie interne di ricorso all'amministrazione, all'esito delle quali l'atto così divento "definitivo" può essere impugnato innanzi al *Jueces*. I giudizi che si registrano sull'opportunità di tale meccanismo sono diversi e spaziano dalla critica di chi lo ritiene un anacronistico privilegio per l'amministrazione, all'apprezzamento di altri, secondo la cui opinione, invece, costituisce un irrinunciabile strumento deflattivo del contenzioso (sul punto v. M. GOMEZ GOMEZ, *El expediente administrativo: su origen y desarrollo constitucional*", in Cuadernos de Derecho Judicial de la Escuela Judicial, Madrid, 2008, 7, 369). Ciò che tuttavia risulta evidente è l'effetto di dubbia propensione soggettiva del restringimento della legittimazione ad agire in giudizio, con conseguente pregiudizio alla piena attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale. In merito al secondo profilo, il giudizio amministrativo spagnolo, pur avendo improntato il suo funzionamento allo schema di un processo di parti, conosce un meccanismo "atipico" di modulazione degli incumbenti notificatori nella fase di proposizione del ricorso, per il quale, a differenza del sistema italiano, nel quale spetta al ricorrente notificare il ricorso all'Amministrazione e ad almeno uno dei controinteressati, l'art. 49 prevede sia lo stesso giudice a chiedere il fascicolo relativo al giudizio all'autorità, la quale, attraverso tale trasmissione, implicitamente e formalmente riceve notificazione del ricorso e si costituisce in giudizio. Altro ambito del sistema spagnolo di giustizia amministrativa tradizionalmente qualificato come di ispirazione marcatamente oggettiva è la fase istruttoria di giudizio, per la cui analisi si rinvia diffusamente a A. POLICE, *L'inevitabile temperamento del principio della domanda nei giudizi sull'esercizio del potere pubblico: Italia e Spagna a confronto*, in Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo, Atti del Convegno Annuale AIPDA, Trento, 5-6 ottobre 2012, Napoli, 2013, 225, spec. 228 s..

¹⁶ Fra le diverse ipotesi di attività impugnabile merita particolare attenzione quella prevista dall'art. 30 che disciplina il caso in cui il ricorrente voglia dolersi di un comportamento positivo dell'amministrazione (*via de hecho*), la cui ricorribilità viene condizionata alla previa intimazione alla stessa amministrazione di cessazione.

per il coraggioso intento sistematico perseguito, dall'altro, fa emergere una serie di contraddizioni rispetto all'annunciata volontà di superare il modello revisore che caratterizzava il previgente sistema contenzioso.

Pare del tutto evidente, infatti, come l'annoverabilità all'intero dell'insieme "oggetto del processo" sia dell'attività impugnabile che delle pretese, dimostri la perdurante attualità del collegamento fra il carattere strettamente annullatorio del giudizio e l'azionabilità della situazione giuridica e connoti l'intero sistema di quel carattere propriamente revisore che di contro voleva superarsi.

Ciò risulta vieppiù palese se si sposta l'attenzione dal livello teorico e sistematico al piano concreto delle conseguenze che tale impostazione potrebbe avere negli specifici momenti di concessione della tutela. In tal senso, il ristretto margine delle pretese così azionabili rischia di ripercuotersi nel possibile contenuto della sentenza di annullamento del giudice, al quale, in ossequio alla connessione fra l'atto e il processo, risulterà difficile non attestare la sua pronuncia nella dichiarazione di conformità o difformità dell'azione amministrativa, tipica di un controllo giudiziale di piena legalità¹⁷.

Alla difficoltà di soddisfare pretese che vanno oltre il contenuto meramente annullatorio di un atto e che, invece, mirano a soddisfare pienamente e nella maniera più opportuna la situazione giuridica lesa, non può, quindi, che ritenersi una manifestazione della continuità fra il previgente sistema e l'attuale¹⁸.

L'incertezza sistematica già presente nella collocazione dei capitoli all'interno della parte riguardante l'oggetto, si esprime ancor più palesemente con la specifica trattazione delle "pretese di parte" nel Capitolo II.

Il capitolo è aperto dall'articolo 31, nel quale si dispone che "1. *El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.* 2. *También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda*"¹⁹.

¹⁷ Nel sistema previgente, disciplinato dalla Ley del 1956, la pregiudizialità fra il carattere revisore della JCA e l'imprescindibilità di un provvedimento che potesse essere impugnato è dimostrata dal dibattito dottrinario attorno all'incerta azionabilità di situazioni giuridiche lese da comportamenti inattivi dell'amministrazione. Sul punto v. M.I. GONZALEZ CANO, *La protección de los intereses legítimos*, cit., 66 s..

¹⁸ Di tale avviso si esprime M. GARCÍA PÉREZ, *El objeto del Proceso*, cit., 82 s., la quale afferma che la il riconoscimento giuridico di situazioni azionabili a prescindere dall'impugnabilità, non solo non è garantito dalla vigente Ley Reguladora, ma probabilmente richiederebbe una revisione costituzionale in materia di JCA.

¹⁹ "L'attore potrà pretendere la dichiarazione di non conformità al diritto e, in tal caso, l'annullamento degli atti e disposizioni suscettibili di impugnazione secondo il capitolo precedente. 2. Inoltre, potrà pretendere il riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva e l'adozione delle misure adeguate per il pieno ripristino delle stesse, come pure, su richiesta, l'indennizzo dei danni e dei pregiudizi".

Nel complesso dell'articolo, l'elemento che maggiormente attira l'attenzione pare potersi individuare nel presupposto che la legge richiede come condizione della pronuncia di annullamento, cioè la "*declaración de no ser conformes a Derecho*". Ebbene, dall'accostamento di un parametro dal tenore letterale alquanto legalitario con la disposizione di cui al secondo comma, che riconosce la possibilità di chiedere l'accertamento di una situazione giudica e di generiche misure idonee per la sua protezione e, soprattutto, in assenza di un qualsiasi riferimento ad una *lesione all'interesse* dedotto che possa soddisfarsi attraverso il rigido meccanismo demolitorio, la costruzione di un solido concetto di pretesa dal parte della Ley Reguladora si può ritenere tentativo non riuscito e dai risultati alquanto precari.

In tal senso, la mera estensione dello spettro delle pretese tutelabili a fronte del consolidarsi della continuità con un modello ancora fortemente sbilanciato sul carattere demolitorio e sull'imprescindibilità dell'esistenza di un atto da impugnare, oltre che intrinsecamente contraddittorio, pare deludere le attese circa la svolta soggettiva della giurisdizione amministrativa spagnola e, quandanche si ammettesse l'opportunità di definire l'oggetto del processo come attività impugnabile, tuttavia, attraverso un simile approccio sistematico, si palesa l'impossibilità di considerare la pretesa come il reale fulcro del processo.

3.2. *L'incerta positivizzazione del principio della domanda.*

Come già segnalato in premessa, al pari di quello italiano, anche il sistema contenzioso-amministrativo spagnolo si ritiene ispirato al principio della domanda (*rectius: principio de rogación*), in forza del quale la delimitazione del perimetro processuale e dell'eventuale tutela concessa all'esito dello stesso, deve calibrarsi su quanto il ricorrente ha chiesto nell'adire il giudice.

Convinzione, questa, che il legislatore spagnolo ha voluto confermare attraverso una disposizione che sembra ispirata precipuamente dall'intenzione di positivizzare il principio in parola. Così all'articolo 33.1 la Ley Reguladora dispone che "*Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición*"²⁰. Di fronte ad una disposizione di tal fatta, si palesa l'intento celebrativo che il legislatore ha voluto assegnare al valore della stessa. Sol che si pensi alla specificazione, di per sé priva di utilità giacché trattasi di legge regolatrice del processo amministrativo, riguardo agli organi "*del orden jurisdiccional contencioso-administrativo*" emerge in tutta evidenza l'attribuzione al *principio de rogación* del valore di regola cardine dell'intero sistema di tutela.

Tuttavia, il legislatore pare facilmente derubricare la celebrazione del comma 1 dell'art. 33 a mera enunciazione di principio, quando al successivo

²⁰ "*Gli organi dell'ordine giurisdizionale contenzioso-amministrativo potranno giudicare nel limite delle pretese formulate dalla parte e dei motivi che fondano il ricorso*".

comma 2 dispone “*Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno*”²¹.

Dal combinato disposto delle norme in esame sembrano essere due gli effetti di maggiore rilevanza in ordine all’effettiva vincolatività della domanda di parte per la delimitazione del *thema decidendum* del giudizio.

L’effetto che emerge *prima facie* dalla lettura della disposizione consiste senz’altro in quello che nel sistema spagnolo viene definito come “*planteamiento de la tes*”, traducibile alla lettera come “*impostazione del quadro decisorio*”, ma che nella realtà corre il rischio di permettere al giudice di introdurre nel processo motivi di illegittimità dell’azione amministrativa non invocati dalla parte, alle quali a loro volta non viene concessa la possibilità esprimere alcuna valutazione di utilità degli stessi per i propri interessi in contraddittorio ma solo attraverso opportune allegazioni entro 10 giorni. Pur non avendo nella pratica riscontrato una diffusa attuazione²², il meccanismo di estensione ufficiosa dei motivi suscita un rilevante interesse di teoria generale del processo e costituisce un potenziale rischio di compromissione della soggettività della tutela nel modello spagnolo di giustizia amministrativa²³.

Riguardo al primo punto, infatti, la riconosciuta possibilità che il giudice possa estendere il quadro decisorio oltre le specifiche richieste di parte, mostra di per sé sola la strenua resistenza concettuale dell’attuale modello *contencioso-administrativo* ad abbandonare definitivamente la connotazione obiettiva di legalità che ha caratterizzato il proprio sistema di giustizia sin dal suo sorgere e le cui criticità hanno mosso la stessa riforma con la quale si è positivizzato l’appena accennato invadente potere ufficioso²⁴.

²¹ “*Se el juez o el Tribunal, al pronunciar sentencia, releva que la cuestión e sometida a su conocimiento no ha sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un término de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno*”.

²² Fra le pronunce applicative del potere di cui all’art. 33.2 si v. TS, 14 dicembre 1998, r.g.r. 2275/1994.

²³ Si esprime in maniera critica nei confronti della marcata ufficiosità che caratterizza l’art. 33 S. MUÑOZ MACHADO, *Los poderes de oficio del juez administrativo*, in AA. VV., Principio della domanda e poteri d’ufficio del giudice amministrativo, Atti del Convegno Annuale AIPDA, Trento, 5-6 ottobre 2012, Napoli, 2013, 218 s., di cui ne sottolinea la forte contraddittorietà con l’intento di riformare il sistema *contencioso-administrativo* in chiave soggettivistica e la palese non rispondenza ad un giudizio informato al principio della domanda.

²⁴ Sul punto merita di essere notato, come osserva R.G. RODIO, *La giustizia amministrativa in Spagna*, Padova, 1996, 252, già nel previgente sistema *contencioso-administrativo* disciplinato dalla

Dal punto di vista concreto, invece, la facoltà prevista dall'art. 33.2 rischia, nell'ipotesi di una sua "scoperta" giurisprudenziale, di divenire l'occasione per la sistematica intrusione – in un sistema che dovrebbe tendere alla tutela delle situazioni giuridiche individuali – dei tradizionali motivi di interesse generale, senza alcun bisogno per il giudice di forzare l'interpretazione delle norme processuali, ma a tal fine bastando l'attuazione di un potere che la stessa legge gli riconosce.

Attraverso la facoltà ex art. 33.2, al giudice viene, dunque, concessa la possibilità di farsi promotore, attraverso il ricorso ad iniziativa di parte e per il tramite delle loro allegazioni, di un controllo officioso dell'azione amministrativa su aspetti che non potranno che essere di mera legalità²⁵.

L'ulteriore conseguenza del raffronto fra le disposizioni in esame, che agisce sottotraccia rispetto al primo ma che incide in maniera ancor più rilevante nei confronti della connotazione soggettiva del contenzioso amministrativo, va individuata nella tacita trasformazione del *principio de rogación* in una più fiavole regola di allegazione principale di parte, già conosciuta al sistema spagnolo come "*principio de aportación de parte*"²⁶.

Il risultato paradossale a cui giunge l'articolo in commento è, dunque, quello di declassificare la pretesa della parte dal ruolo di unico riferimento a cui conferire, ex comma 1, il potere di delimitare l'ambito di cognizione del giudice, a possibile mera occasione per mezzo della quale esercitare un controllo diffuso di legalità sul potere amministrativo.

In tal modo, quella che doveva assicurarsi come l'effettiva vincolatività del principio della domanda si vede compromessa da un meccanismo che ne ammette la potenziale e sistematica eludibilità, ritenendola così rispettata solo in apparenza e in danno alla tensione soggettiva del sistema, la quale, invece, proprio per mezzo dell'infedeltà vigenza del principio avrebbe dovuto trovare concreta attuazione.

3.3. *La possibile estendibilità ai terzi della pronuncia del Juez.*

Fra le diverse caratteristiche che possono comportare la qualificazione di un sistema giurisdizionale di natura oggettiva piuttosto che a tutela delle situazioni

LJCA del '56 era prevista la facoltà officiosa di "*planteamiento de la tes*", secondo cui – all'art. 43 – si riconosce al giudice la possibilità di sottoporre alle parti ulteriori motivi di illegittimità che le stesse non avevano sollevato.

²⁵ Impostazione confermata anche agli articoli 65.2 e 77.1.

²⁶ F. CORDÓN MORENO, *El Proceso*, cit., 41., il quale sostiene come l'unico modo per ritenere legittima la previsione dell'articolo 33.2 della Ley Reguladora possa consistere nel non considerare i motivi di illegalità individuati dal giudice all'interno della *causa petendi*. La persistenza di elementi di legalità obiettiva in generale, suffragati in particolare dalla possibilità di "*planteamiento*" officioso, è sostenuta anche da V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA, P. SALA SANCHEZ, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 2001, 128 s..

giuridiche individuali, va senz'altro annoverato l'efficacia soggettiva del giudicato. In tal senso, va considerato come tipico indice di un sistema che si ispira ad un paradigma soggettivo, quel meccanismo di produzione degli effetti della sentenza per il quale il *decisum* del giudice può aver efficacia soltanto fra le parti.

Ebbene, al contrario la Ley Reguladora del contencioso amministrativo spagnolo in alcuni passaggi pare rifarsi ad un opposto sistema di protezione diffuso a fronte delle illegittimità nell'esercizio della pubblica funzione, tale per cui gli effetti di un processo azionato da una pretesa individuale, a date condizioni, sono estensibili anche a soggetti terzi non intervenuti nel medesimo giudizio.

Il meccanismo al quale si vuole far riferimento ha origine nel combinato disposto fra due disposizioni che possono considerarsi le più significative in ordine alla svolta soggettiva che la Ley del '98 avrebbe dovuto determinare. Nel dettaglio, l'art. 71.1 alla lett. b) dispone che il giudice, su esplicita pretesa di parte, può con sentenza provvedere all'accertamento giuridico e al ripristino di una situazione giuridica individuale, attraverso le misure che ritenga opportune a tale scopo. A tale disposizione va affiancato poi l'art. 72.3, il quale dispone che l'accertamento delle pretese in ordine al riconoscimento o ripristino di una situazione giuridica individuale produrrà effetti solo fra le parti, eccetto per i casi previsti dagli artt. 110 e 111.

La disposizione da ultimo citata prevede quindi due eccezioni alla regola dell'efficacia interna fra le sole parti del riconoscimento e ripristino di situazioni giuridiche soggettive e, segnatamente, nel caso di materia tributaria e di personale di servizio della *Administración pública y de unidad de mercado* (art. 110) e in ipotesi di cumulo di ricorso per identità di oggetto di contestazione, all'interno del quale, qualora alcuni di questi fossero stati sospesi, possono aderire alle risultanze processuali del processo che invece è proseguito (art. 111).

Entrambe le disposizioni, quindi, prevedono dei meccanismi di estensione soggettiva dell'efficacia di una sentenza intercorsa in un differente giudizio. A tal fine, occorre dire che il meccanismo previsto dall'art. 110 non pone particolari problemi, giacché l'estensione degli effetti a rapporti terzi, oltre ad essere limitata a particolari materie, è condizionata all'esistenza di specifici requisiti²⁷ e infrazzata dall'intervento oppositivo dell'amministrazione.

Al contrario, suscita particolare preoccupazione l'estendibilità effettuale della sentenza a soggetti alieni al giudizio, prevista in ipotesi di sospensione di ricorsi in cumulo con altri aventi medesima contestazione. In materia, bisogna far riferimento all'art. 37 della Ley Reguladora (al quale rinvia espressamente lo stesso art. 111), il quale dispone che sia il cumulo fra ricorsi (comma 1), che l'eventuale sospensione di alcuni fra questi (comma 2), sono entrambe ipotesi che

²⁷ Quali l'identità delle situazioni giuridiche fra i giudizi dai quali l'estensione origina e rispetto ai quali si produce, il medesimo contesto territoriale nel quale avviene e, soprattutto, l'istanza di parte al fine di attivare il meccanismo.

possono essere disposte d'ufficio dal giudice, all'interno dei quali l'iniziativa delle parti non ha alcuna funzione propositiva ma soltanto consultiva *ex post*.

In altri termini, in quella che può essere la frequente ipotesi di ricorsi aventi lo stesso oggetto, il riconoscimento di una situazione giuridica individuale e la tutela della stessa attraverso le misure che si rendano opportune a tal fine – che di per sé si atteggia come strumento di protezione efficace soltanto per la singola questione per la quale viene determinata – vengono ritenuti estendibili a questioni di cui non si è avuta diretta cognizione in giudizio, su richiesta dei terzi quanto a requisito ultimo, ma su forte sollecitazione officiosa riguardo alla sussistenza dei pre-requisiti che hanno determinato la possibilità di attivazione del meccanismo.

All'interno della possibilità di estendere gli esiti di un giudizio per fattispecie simili e connesse, l'unica conseguenza che può ritenersi di certo verificabile pare essere la degradazione concettuale della pretesa soggettiva da elemento indispensabile per il rispetto del principio *ne procedat iudex ex officio* a mera occasione impulsiva di instaurazione di un giudizio revisore.

4. *Considerazioni conclusive.*

È opinione diffusa fra gli studiosi del processo amministrativo spagnolo quella per cui la Ley Reguladora del '98 abbia definitivamente spostato l'equilibrio del *contencioso-administrativo* dal baricentro di pura legalità ad un modello calibrato sulla tutela soggettiva²⁸. Per pochi, invece, la riforma in esame è stata piuttosto un'occasione persa, all'esito della quale l'ennesimo tentativo di costruire un processo predisposto alla protezione dei cittadini è nuovamente fallito²⁹. Sul tema, non si ritiene opportuno prendere una posizione definitiva. L'intento dell'analisi appena svolta non vuole, infatti, risolversi in un giudizio di valore su un sistema diverso da quello italiano circa l'effettiva protezione degli interessi lesi dall'attività amministrativa; quanto piuttosto evidenziare che dietro le celebrative formule di principio possono nascondersi molti aspetti critici di ricaduta nei difetti che con quei medesimi intenti volevano superarsi, dal che trarre la conclusione che molto più utile in tal senso può essere l'elaborazione di un sistema equilibrato e, soprattutto, dai precisi riferimenti concettuali³⁰.

²⁸ In tal senso E. GARCÍA ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa*, cit., 130 s., il quale, rispondendo alla domanda che lo stesso A. pone al titolo del suo studio, sostiene come la Ley del '98 abbia effettivamente comportato per il processo amministrativo spagnolo un cambio di paradigma nel senso della soggettivizzazione del sistema.

²⁹ Fra gli altri, pare attestarsi su questa posizione M. GARCÍA PÉREZ, *El objeto del Proceso*, cit., 111, secondo la cui opinione la Ley Reguladora non è riuscita nel suo annunciato fine di attualizzare il sistema in conformità con il principio costituzionale di effettività della tutela. In senso analogo S. MUÑOZ MACHADO, *Los poderes de oficio del juez*, cit.

³⁰ In tal senso sarebbe stata auspicabile una maggiore concretezza della "svolta soggettiva"

Con ciò non si vuole di certo stigmatizzare la previsione da parte di un sistema che si dichiara a matrice soggettiva di poteri ufficiosi; si ritiene anzi che in alcuni casi è auspicabile che le facoltà del giudice siano in grado di intervenire in modo correttivo sui risultati paradossali ai quali può portare l'applicazione estremamente soggettiva degli istituti processuali. In tal senso, dunque, può e deve ritenersi ammissibile la concessione al giudice di un'area di esclusiva incidenza dei propri poteri interpretativi³¹, poiché il sistema, nel suo complesso, può

della riforma del '98, tale da correggere alcune tendenze interpretative dei *jueces* amministrativi abbastanza consolidate nella loro propensione conservatrice. Si vuole con ciò fare riferimento all'approccio tradizionale dei *Tribunales* nell'ambito del sindacato sulla discrezionalità amministrativa che, al pari delle caratteristiche di tecnica processuale oggetto delle considerazioni finora svolte, restituiscono una visione d'insieme del modello *contencioso* spagnolo attento nel non invadere oltre il necessario la sfera della discrezionalità dell'amministrazione. Nonostante la Costituzione del '78 sancisca la soggezione dei pubblici poteri alla legge (art. 9 co. 1) e riconosca agli interessi legittimi la copertura di posizioni meritevoli di una tutela giurisdizionale effettiva (art. 24), il sindacato del *juez* sul potere discrezionale dell'amministrazione è tradizionalmente debole e limitato. In tal senso F. RIZZETTO, *Luci e ombre dei sistemi monisti*, cit., al quale si rinvia diffusamente anche in relazione alla giurisprudenza riportata, *ex plurimis*, TS, 22 settembre 2011, r.g.r. 1217/2008. Ciò è dovuto all'incertezza con la quale la Ley del '98 ha dato attuazione al succitato precetto costituzionale dell'art. 24, giacché riconosce al giudice il potere di annullare l'atto amministrativo – art. 70 – per violazione di legge o per qualsiasi contrarietà all'ordinamento giuridico (*rectius*: principi), “*incluso la desviación de poder*” (sviamento di potere); vizio quest'ultimo di cui però la stessa Ley Reguladora – art. 70.2 – fornisce una nozione tradizionale (“*Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*”) con le conseguenti ricadute negative riguardo alla difficoltà di integrare l'onere probatorio richiesto da parte del ricorrente. Sul punto v. P. ESCRIBANO COLLADO, *Técnicas de control judicial de la actividad administrativa*, 361 s., in J. Barnes Vázquez (a cura di), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, 1993; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994, 131 s. Le conseguenze processuali di un simile approccio si riverberano inevitabilmente sulla connotazione meramente formale e procedurale del sindacato sull'attività amministrativa discrezionale, eccessivamente rispettosa del principio di separazione dei poteri, atteso che la Ley Reguladora all'art. 71.2 espressamente dispone che i giudici non potranno, a seguito dell'annullamento dell'atto, determinarne il contenuto discrezionale in sostituzione dell'amministrazione (“*Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados*”), in pregiudizio della tutela effettiva degli interessi legittimi compromessi dalla stessa. Sul punto si rinvia a F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1149, in cui l'A. analizza l'influenza della dottrina tedesca e italiana (Giannini) nell'interpretazione della categoria della discrezionalità del sistema amministrativo spagnolo. In tal senso, si ritiene che una maggiore pervasività concettuale e di tecnica processuale degli strumenti predisposti dalla riforma del '98 avrebbe potuto tentare di superare i limiti sostanziali del modello *contencioso* spagnolo, così da neutralizzare la forte timidezza del sindacato formale del *juez* sull'attività amministrativa discrezionale.

³¹ Come nel processo italiano avviene con il sistema probatorio attraverso il riequilibrio della posizione di asimmetria delle parti tramite gli interventi officiosi in applicazione del principio di vicinanza o di disponibilità della prova ex art. 64 c.p.a.

far proprie diverse modalità per giungere ad una contestuale soddisfazione fra le diverse esigenze. Ciò che tuttavia rileva come essenziale è l' idoneità dello stesso modello giurisdizionale ad assicurare il proprio funzionamento attraverso un preciso e maturo impianto di principi generali, regole direttive e garanzie soggettive che consentano di controbilanciare la sproporzione fra l'incidenza degli uni nei confronti della tutela degli altri³².

Della consapevolezza e necessità di informare il sistema ad un solido equilibrio fra propensione soggettiva ed irrinunciabili minime garanzie di legalità, il modello spagnolo invece sembra difettare; e ciò diviene palese nel momento in cui il sistema processuale mantiene delle esclusive e impenetrabili riserve di controllo revisore³³ in pregiudizio della pienezza ed effettiva tutela soggettiva delle posizioni giuridiche soggettive, concependo l'ufficiosità dei poteri del giudice non già come correttivo alla rischiosa deriva soggettivistica, bensì a garanzia di una "maggiore obiettività della giustizia"³⁴.

Sul punto, probabilmente la *Jurisdicción Contencioso-administrativa* soffre ancora della recente autonomizzazione della propria funzione rispetto all'esercizio della stessa all'interno dell'amministrazione, il che ha portato il legislatore a preferire le più immediate vie del tecnicismo processuale e delle enunciazioni di mero principio anziché la più complessa elaborazione di un sistema coerente nei suoi esiti e fondato da un solido impianto di categorie e principi generali.

Lungi dal voler qualificare la giustizia amministrativa spagnola come un modello di controllo obiettivo o di valutarne la maggiore o minore propensione soggettiva rispetto al sistema italiano, ciò che però può riscontrarsi è la reale difficoltà della circolazione di un medesimo concetto di tutela soggettiva fra due dei sistemi nazionali europei che si dichiarano esplicitamente tenenti alla protezione delle posizioni individuali degli amministrati. La rilevazione di una tale difficoltà di recepimento della medesima idea di soggettività non può, tuttavia, non tener conto dei diversi contesti nei quali la stessa viene analizzata o vuole applicarsi. In tal senso, la giustificazione e al tempo stesso il limite intrinseco della traducibilità di un omogeneo concetto di tutela soggettiva nelle giurisdizioni amministrative nazionali potrebbe rinvenirsi nella diversità di funzionamento e struttura delle

³² Sempre per rimanere nel medesimo parametro comparativo, come avviene ad esempio nel processo amministrativo italiano con la conversione dell'azione ex art. 34 c.p.a., nella cui disposizione si tace sull'ufficiosità o meno dell'iniziativa tanto da generare diverse interpretazioni in merito, ma che, anche assumendo la prospettiva dell'iniziativa del giudice, è concepita in modo da salvaguardare la soggettività del sistema attraverso una potenziale ridiscussione della scelta ufficiosa al successivo contraddittorio fra le parti.

³³ Come l'analizzato potere del giudice di "planteamiento de la tesi" ex artt. 33.2, 65.2, 77.1.

³⁴ Espressione di E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., 627, formulata a commento delle prerogative ufficiose del giudice amministrativo, nella quale pare riecheggiare la già citata esplicitazione della doppia natura della giurisdizione amministrativa offerta dalla Relazione introduttiva alla Ley Reguladora.

stesse, per cui già a voler accostare i “simili” sistemi italiano e spagnolo, deve rilevarsi come questi si informino rispettivamente l’uno ad un modello dualista e l’altro ad un modello monista³⁵. Eppure, si ritiene che l’esito dell’incidenza della tensione soggettiva di ogni moderno sistema di giustizia amministrativa non possa arrestarsi di fronte alla presa d’atto che in alcuni modelli di tutela il giudice amministrativo agisca attraverso una più o meno ampia e formale autonomia e indipendenza rispetto alla giurisdizione ordinaria che in altri. L’effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive – si tratti di interessi, di diritti o in qualsiasi modo vengano denominati – non può conoscere pregiudiziali ostacoli nella modalità di amministrazione della giustizia, ancor più se questa rispecchia la tradizione di un sistema che nel tempo ha consolidato il suo funzionamento attraverso quella precisa struttura o organizzazione. Ciò di cui occorrerebbe, al contrario, garantire l’omogenea circolazione è una solida piattaforma di principi comuni, al fine di evitare che qualche sistema, oscillando fra l’astrazione e il tecnicismo, conceda forme di tutela precarie le cui concrete manifestazioni si mostrino contraddittorie rispetto agli intenti fondamentali.

Abstract

Aspects of objective jurisdiction in the Spanish administrative procedural system

by Domenico Marrello

The recent reforms of the Spanish System of Administrative Justice has been made great progress towards the overcoming of the traditional objective nature of its jurisdiction. Despite the quickly reform process in renewing the system in a strong subjective and individual perspective and the doctrine endorsement, the current implementation of *Jurisdicción Contencioso-administrativa* seems to be suffering of some ancient practical aspects of the previously system.

³⁵ Sebbene non direttamente focalizzata sul modello *contencioso* spagnolo, ad ogni modo è indispensabile a tali fini riferirsi al confronto delle modalità di tutela giurisdizionale amministrativa nei sistemi dualisti e monisti di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 39 s.. Come parimenti risulta indispensabile per l’avvicinamento a questi temi lo studio della prospettazione di un sistema giurisdizionale italiano unitario in adesione all’interpretazione costituzionale di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005.

La tutela atipica nel processo amministrativo tra principio di effettività, principio di equità e principio di proporzionalità: saggio di metagiurisprudenza*

di Alberto Zito

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sull'evoluzione del sistema processuale amministrativo e sulla rilevanza del principio di effettività e del principio di equità. – 2. Gli orientamenti innovativi della giurisprudenza su tre questioni rilevanti. – 3. Sull'impossibilità per il giudice amministrativo di condannare *ex officio* la p.a. al risarcimento del danno in luogo dell'annullamento dell'atto illegittimo. – 4. La modulabilità della pronuncia che accerta l'illegittimità del provvedimento amministrativo quanto al momento del prodursi dall'effetto di annullamento. – 5. La possibilità che il giudice amministrativo riconosca la spettanza del provvedimento richiesto dal privato, anche nel caso in cui vi sia esercizio di discrezionalità tecnica. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive sull'evoluzione del sistema processuale amministrativo e sulla rilevanza del principio di effettività e del principio di equità*

Il tema che intendo affrontare richiede un'osservazione preliminare. Se andiamo ad analizzare il modo con cui la dottrina e la giurisprudenza tratteggiano le caratteristiche del processo amministrativo, in particolare dopo l'introduzione del Codice (d'ora in avanti CPA), si potrebbe quasi essere indotti a concludere che tale processo mostri oggi una capacità di offrire una tutela effettiva alla domanda di giustizia proveniente dalla parte pari, se non addirittura superiore, a quella del processo civile. Una conclusione, questa, impossibile soltanto venti anni fa, quando si discettava sulle arretratezze del processo amministrativo e sulla necessità di passare ad un sistema monista basato sul giudice ordinario al fine di un loro superamento¹. Ricordo che nel 1986 uscì un libro sul processo

* Il saggio è dedicato ad Antonio Romano Tassone ed è pubblicato anche negli Studi in memoria.

¹ Il punto è ripreso di recente da F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 847 ss.: "Nella convinzione di molti, anche molto autorevoli, esponenti della dottrina, il processo amministrativo non ha motivo di essere mantenuto in vita, anche perché, a differenza del processo civile, non sarebbe idoneo ad assicurare una tutela piena ed efficace al ricorrente, anche se vittorioso. Cosicché sono molti, e molto convinti, ... coloro che auspicano l'abolizione della giurisdizione amministrativa e la riunificazione dei processi secondo un solo modello, con l'adozione dello schema proprio del processo civile" (p 847). Sul dilemma giudice ordinario-giudice amministrativo, può essere utile ricordare come tale questione ha suscitato l'interesse sia in giuristi appartenenti alla cultura anglosassone sia in studiosi di area non giuridica. È sufficiente ricordare la posizione espressa da A.V. DICEY, soprattutto in *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1915, 185 ss. e quella espressa da uno dei più noti

amministrativo che conteneva una corrosiva (ed amaramente ironica) analisi delle insufficienze di tale processo dal punto di vista dell'effettività della tutela².

Oggi la situazione è profondamente cambiata e si parla del processo amministrativo nei termini di un sistema che offre una tutela plurale e multiforme (e dunque tendenzialmente in linea con i precetti ricavabili dal principio di effettività), sia perché alla tutela tipica si affiancherebbe una tutela atipica, sia perché le azioni, seppure tipiche quanto alla previsione normativa astratta, possono condurre ad una decisione il cui contenuto è modulabile dal giudice (soprattutto con riguardo all'effetto di annullamento ed al momento del suo prodursi) al fine di coniugare la tutela della situazione giuridica dell'attore con la tutela degli altri interessi presenti nella vicenda in contestazione³. In definitiva il CPA con le sue prescrizioni sembra indicare certamente cosa è consentito al giudice fare, ma non sembra limitarlo rispetto a ciò che può e deve essere fatto in nome e per conto del perseguimento del principio di effettività.

Il processo amministrativo vive insomma in un effervescente clima di cambiamento e, come in questi casi sempre accade, per un verso le tradizionali categorie, con le quali il fenomeno è stato in passato sistematizzato, appaiono inadeguate a spiegare le novità e per altro verso non disponiamo ancora di un ordito concettuale alternativo che queste novità sappia inquadrare in modo convincente.

L'obiettivo del presente saggio non è quello di fornire indicazioni esaustive al riguardo, bensì quello di fornire indicazioni utili a definire gli orizzonti con-

ed influenti economisti del Novecento (austriaco di nascita, ma attivo sia in Inghilterra sia negli Stati Uniti), F.A. VON HAYEK, *The Political Idea of the Rule of the Law*, Il Cairo, 1955, il quale, proprio in polemica con Dicey, imputava a quest'ultimo di avere ritardato, con la sua interpretazione del diritto processuale amministrativo francese, la nascita in Gran Bretagna di organi giurisdizionali speciali e specializzati in grado di tutelare efficacemente i cittadini nei confronti di quella che gli inglesi, con una espressione efficacissima, mutuata da Shakespeare, chiamano "*the insolence of the office*". Sulle peculiari caratteristiche che la questione ha assunto nel nostro sistema amministrativo cfr. di recente S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013, 58 ss.

² Il riferimento è al volume di F. MERUSI - G. SANVITI, *L'ingiustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1986.

³ I contributi sul tema dell'atipicità della tutela sono molti. Tra gli studi monografici si può rinviare per completezza e profondità dell'analisi a S. FOA, *Giustizia amministrativa. Atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Esi, Napoli, 2012. Tra gli studi non monografici cfr. E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di AD. Plen. 15/11)*, in *Dir. Amm.*, 2011, 765 ss.; R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1273 ss.; C. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 80 ss.; S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1397 ss.; G. GARGANO, *Rapporti tra azioni e tecniche di tutela: verso un'azione unica ed atipica?*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2015, 213 ss.

cettuali di fondo, che alimentano il dibattito, unitamente a qualche spunto di riflessione più strettamente ricostruttivo.

A tal fine sono necessarie due considerazioni preliminari. La prima è questa: nel conflitto tra principio di legalità e principio di effettività vi è una parte della giurisprudenza che, come si vedrà meglio nel prosieguo, sembra orientata a favore di quest'ultimo. E ciò nel senso che il fondamento normativo delle soluzioni, che vengono prospettate e praticate, è ricavato a partire dal principio d'effettività, con la conseguenza che pare possibile andare anche oltre rispetto a quanto espressamente previsto dal CPA. Insomma non è il perimetro fissato dalla legge a circoscrivere rigidamente il campo d'azione del giudice in sede processuale, ma il contrario: sono il principio di effettività e le esigenze connesse alla sua realizzazione che definiscono i confini di ciò che può ritenersi ammissibile. La previsione legislativa in questa prospettiva genera dunque un vincolo, ma nel contempo definisce anche un campo di opportunità a disposizione del giudice.

La seconda considerazione è questa: alla base dell'idea che il giudice deve essere in grado di modulare la propria decisione, tentando di coniugare – per quanto possibile – la tutela della situazione giuridica dell'attore con la tutela degli altri interessi presenti nel processo, sta una particolare declinazione del principio di effettività. E precisamente l'idea di uno *ius dicere* che concorre a realizzare l'ideale di una giustizia “equa”, di una giustizia cioè che sia in grado di correggere le “ingiustizie” cui condurrebbe un'applicazione rigida della norma⁴. Insomma, come si vedrà meglio dall'esame della giurisprudenza, il processo amministrativo sembra acquisire i caratteri della mitezza, per riprendere e parafrasare un'espressione che ha avuto molto fortuna nella letteratura giuridica⁵.

Se questi sono a mio parere gli orizzonti concettuali di fondo che forniscono linfa vitale al dibattito in corso sui caratteri del nostro processo amministrativo, non meno rilevanti sono le conseguenze che da questi orizzonti concettuali discendono in termini di ciò che il giudice può fare in concreto. È evidente, infatti, che, quando ci si colloca nella prospettiva che ho delineato, e si ritiene dunque che il giudice debba assumere su di sé e nella propria coscienza anche il “peso” di coniugare la tutela effettiva di chi pone una domanda di giustizia con la

⁴ L'idea di una giustizia equa, e prima ancora di un diritto equo, ha origine antichissime. La prima organica sistemazione di tale idea si deve, come è noto, ad ARISTOTELE nell'*Etica Nicomachea*. Per gli sviluppi moderni dell'equità cfr. J. E. MARTIN, H. G. HAMBURY, *Modern Equity*, Sweet & Maxwell, London, XVI Ed., 2001. Sul tema dell'equità nella prospettiva giuridica e segnatamente nella prospettiva del diritto amministrativo L.R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. I, Esi, Napoli, 2011, 653 ss.; da ultimo cfr. C. CELONE, *Il valore dell'equità nell'amministrazione pubblica*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2017, p. 651 ss. Tra i contributi monografici resta sempre molto importante il lavoro di G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004.

⁵ Il riferimento è al noto volume di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Giappichelli, Torino, 1992.

tutela degli interessi delle altre parti coinvolte, ebbene il giudice si trova a dovere ponderare interessi contrapposti e dunque necessariamente ad applicare criteri di bilanciamento che consentono di raggiungere una soluzione proporzionata. Insomma lo *ius dicere* diventa anche il momento di applicazione in concreto, in sede giurisdizionale, di una sorta di principio di proporzionalità della decisione, di un principio cioè relevantissimo, ma la cui teorizzazione e la cui pratica sono state sino ad oggi solidamente ancorate sul terreno dell'azione amministrativa⁶.

A volere trarre una prima e provvisoria conclusione dalle considerazioni svolte, si può dire che oggi il processo amministrativo è diventato il punto di emersione di tutti i principali problemi presenti sul terreno del diritto amministrativo sostanziale ed anzi non solo del diritto amministrativo. È sufficiente, a confermare quanto detto, ricordare due questioni di cui discute la dottrina: *i*) la crisi del principio di legalità, così come elaborato nel passato; *ii*) la perdita di centralità della norma che regola puntualmente la fattispecie, cui fa da contraltare un progressivo ampliamento della normazione per principi, normazione che è ritenuta più adatta ad ordinare in modo flessibile l'esperienza contemporanea, caratterizzata da trasformazioni sempre più rapide e da interdipendenze sempre più strette e complesse tra le persone ed i beni⁷.

L'elenco potrebbe continuare a lungo, ma non è difficile comprendere come entrambi questi temi, che sono affrontati a livello di diritto amministrativo sostanziale, trovino una simmetrica corrispondenza in ciò di cui si dibatte sul terreno del diritto amministrativo processuale.

2. *Gli orientamenti innovativi della giurisprudenza su tre questioni rilevanti*

A questo punto corre l'obbligo di mostrare che le considerazioni sinora svolte non sono delle generalizzazioni frutto di una predilezione verso i concetti

⁶ Sul tema della proporzionalità si rinvia al recente studio di S. COGNETTI, condotto in una prospettiva di teoria generale, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁷ Sulle due questioni indicate nel testo vi è un imponente dibattito che rende impossibile qualsiasi indicazione bibliografica senza il rischio di incorrere in omissioni ingiustificate. Quello che si può invece sottolineare è che la crisi del principio di legalità e normazione per principi determinano non soltanto un diverso modo di formulare gli enunciati normativi, unitamente a nuovi problemi di interpretazione ed applicazione al caso concreto degli enunciati stessi, ma pongono anche il tema di un diverso rapporto tra prescrizione normativa puntuale e ragioni ad essa sottostanti. Si vuole fare riferimento alla questione del rapporto tra regola e *ratio* ad essa sottesa che, in nome della flessibilità e dell'adattabilità del sistema giuridico alla realtà in rapida evoluzione, può condurre a privilegiare una interpretazione della norma basata non già sul criterio letterale, ma su quello assiologico-teleologico con un significativo svuotamento non soltanto della preminenza del primo, ma anche della sua stessa rilevanza. Il dibattito sul superamento di quanto prescrivono le disposizioni normative puntuali a partire dalla valorizzazione degli elementi assiologici che ne stanno alla base è molto sviluppato nella letteratura statunitense. Su questa problematica cfr. da ultimo, F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Trad. it., Carocci, Roma, 2016.

astratti, ma che esse traggono origine dalla giurisprudenza.

A tal fine è utile analizzare tre questioni sulle quali quest'ultima si è interrogata ed ha fornito, come è naturale che sia, risposta.

La prima questione riguarda la possibilità per il giudice amministrativo di non procedere all'annullamento del provvedimento impugnato e di disporre in favore del ricorrente unicamente il risarcimento del danno, pur in presenza della sola domanda di annullamento, quando la pronuncia giurisdizionale giunga a distanza di moltissimi anni dall'adozione del provvedimento illegittimo. Si tratta della questione rimessa nel 2015 dalla V Sezione del Consiglio di Stato all'Adunanza Plenaria⁸ ed in tale sede decisa⁹.

La seconda questione riguarda la modulabilità della pronuncia, che accerta l'illegittimità del provvedimento amministrativo, rispetto al momento in cui si produce l'effetto dell'annullamento ossia *ex tunc* ovvero *ex nunc* o addirittura in un futuro collegato alla realizzazione dell'azione conformativa della Pubblica Amministrazione, con esclusione dunque dell'effetto di annullamento. Si tratta della questione che è stata affrontata in una nota sentenza del Consiglio di Stato¹⁰, ma che ha poi trovato ulteriori riscontri in altre pronunce¹¹.

La terza questione riguarda la possibilità per il giudice amministrativo di riconoscere, di fronte all'interesse legittimo pretensivo del privato, l'utilità richiesta anche in presenza di un'attività amministrativa caratterizzata da discrezionalità tecnica, in nome del principio di effettività della tutela¹².

3. *Sull'impossibilità per il giudice amministrativo di condannare ex officio la p.a. al risarcimento del danno in luogo dell'annullamento dell'atto illegittimo*

La prima delle questioni indicate nel paragrafo precedente è molto nota. Essa trae origine dalla richiamata ordinanza di rimessione da parte della Sezione V del Consiglio di Stato all'Adunanza Plenaria. L'intervento di quest'ultima veniva richiesto rispetto ad un caso particolare: l'annullamento di un concorso pubblico destinato ad intervenire dopo un notevole lasso di tempo dallo svolgimento dello stesso e dalla proposizione del ricorso.

In proposito il giudice remittente riteneva *“innegabile che in tale consistente lasso*

⁸ Il riferimento è all'ordinanza di rimessione del *Consiglio di Stato, Sez. V*, n. 284/2015.

⁹ *Cons. St. Ad. Plen.*, n. 4/2015. Per un accurato esame della decisione cfr. G. Gallone, *Processo dispositivo e processo dirigitico*, in E. Follieri, G. Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Wolters Kluwer-Cedam, San Giuliano Milanese, 2015, p. 392 ss.

¹⁰ *Cons. St., Sez. VI*, n. 2755/2011.

¹¹ Cfr. in particolare *Tar Molise*, n. 637/2014.

¹² *Tar Molise*, n. 238/2011.

di tempo coloro che hanno partecipato al concorso ed hanno poi preso servizio (ed ai quali non sono riferibili i vizi del procedimento) hanno fatto le loro scelte di vita, di ordine familiare, lavorativo, anche di cessazione degli studi a seguito del conseguimento di posti di lavoro a tempo indeterminato” e che “... ragioni di equità e giustizia inducono a ritenere che – sulla base di una complessiva valutazione del caso di specie – il giudice amministrativo possa in linea di principio modulare la tutela spettante a chi abbia fondatamente impugnato gli atti di un procedimento concorsuale ... decidendo di non annullare la graduatoria finale e di disporre la condanna al risarcimento del danno” in quanto il “danno sociale derivante da un tale annullamento – disposto automaticamente – risulta evidente: la perdita dell’attività lavorativa da parte dei candidati a suo tempo risultati vincitori comporta il radicale e gravissimo sconvolgimento delle loro vite e delle loro famiglie”.

Ebbene è difficile non scorgere nell’ordinanza di rimessione quell’orizzonte concettuale, cui prima ho accennato, e che è basato sui seguenti capisaldi: *i*) la prevalenza del principio di effettività sul principio di legalità, nel senso che il giudice può ricavare dal primo anche l’attribuzione di poteri non espressamente previsti dal CPA; *ii*) l’idea che il giudice amministrativo, nel rendere giustizia, debba dare tutela effettiva all’attore, ma debba nel contempo temperare la misura di tale tutela con le esigenze di giustizia collegate alle posizioni degli altri soggetti coinvolti, specie ove questi ultimi siano stati beneficiari degli effetti del provvedimento amministrativo, rivelatosi illegittimo, senza avere in alcun modo concorso con il proprio comportamento all’illegittimità del provvedimento stesso.

La tesi del giudice remittente non ha, come noto, trovato avallo da parte dell’Adunanza Plenaria, che così ha statuito: *“non è consentito al giudice, in presenza dell’acclarata, obiettiva esistenza dell’interesse all’annullamento richiesto, derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, al principio della domanda”*. Tralasciando per il momento ogni valutazione al riguardo, non è difficile scorgere nella decisione dell’Adunanza Plenaria il capovolgimento della prospettiva avanzata dal giudice remittente. A fronte della disponibilità della domanda da parte dell’attore, legislativamente consacrata in due norme del codice di procedura civile, ossia l’art. 99 e l’art. 112, che sono applicabili anche al processo amministrativo in virtù del rinvio di cui all’art. 39 del CPA, non sono ammesse operazioni ermeneutiche volte a forzare il dato previsto dalla legge. E ciò anche quando tali operazioni siano condotte a partire dal principio dell’effettività della tutela, declinato nel senso che ho prima ricordato. Dunque nessuna decisione diversa da quella chiesta con la domanda può aversi all’infuori delle eccezioni previste dal CPA. Insomma, secondo l’Adunanza Plenaria, nel contrasto tra principio di legalità e principio di effettività, la bilancia pende a favore del primo. Svolgerò qualche riflessione nelle conclusioni sulla condivisibilità o meno di tale posizione.

4. *La modulabilità della pronuncia che accerta l'illegittimità del provvedimento amministrativo quanto al momento del prodursi dell'effetto di annullamento.*

La seconda questione, ossia quella che riguarda la modulabilità della pronuncia che accerta l'illegittimità del provvedimento amministrativo quanto al momento del prodursi dell'effetto di annullamento, si origina, come detto, dalla richiamata sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato del 2011. In tale decisione è dato leggere che, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento dell'azione di annullamento comporta di regola l'annullamento con effetti *ex tunc* del provvedimento illegittimo. Tuttavia, quando l'applicazione della regola risulti incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività, l'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato deve trovare a seconda delle circostanze una deroga o con la limitazione parziale degli effetti o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi¹³. Ebbene anche in questo caso è facile capire quale sia l'idea di fondo che sta alla base della sentenza, le cui stesse parole, ossia incongruità e ingiustizia, dimostrano che secondo il Collegio il processo amministrativo deve certamente offrire tutela all'attore, ma in un modo però che garantisca un risultato equilibrato, ossia giusto e congruo rispetto alla vicenda sottoposta al giudizio e dunque rispetto agli altri interessi coinvolti.

Il passaggio più importante della sentenza è però quello in cui il giudice applica la massima enunciata al caso concreto. In proposito nella sentenza si legge che *“Nel caso di specie ... si deve tenere conto di due decisive considerazioni: a) il ricorso di primo grado è stato proposto da un'associazione ambientalista, non a tutela della sua specifica sfera giuridica, bensì nella qualità di soggetto legittimato ex lege ad impugnare i provvedimenti di portata generale che in qualsiasi modo abbiano una negativa incidenza sull'ambiente e sulle sue singole componenti ovvero non lo abbiano adeguatamente tutelato; b) il medesimo ricorso di primo grado non ha mirato a far rimuovere in quanto tali gli atti generali impugnati, bensì a farne rilevare l'illegittimità per l'inadeguatezza della tutela prevista dal Piano faunistico approvato dalla Regione Puglia, inadeguatezza da considerare in re ipsa per il fatto che non sia stato posto in essere il prescritto procedimento di valutazione ambientale strategica (così mancando le più compiute valutazioni di merito) la cui conclusione avrebbe potuto ragionevolmente indurre l'Autorità regionale ad emanare prescrizioni più restrittive limitative dei comportamenti potenzialmente incidenti sull'ambiente e su alcune delle sue componenti: ove il Collegio annullasse ex tunc il piano ovvero anche ex nunc sarebbero travolte tutte le prescrizioni del piano, e ciò sia in contrasto con la pretesa azionata col ricorso di primo grado, sia con la gravissima e paradossale conseguenza di privare il territorio pugliese di qual-*

¹³ La questione della modulabilità temporale dell'effetto di annullamento è stata ben affrontata anche in dottrina. In proposito cfr. M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza*, in AIPDA, *L'incertezza delle regole*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2015, 93 ss.

siasi regolamentazione e di tutte le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato (retrospettivamente o a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, nei casi rispettivamente di annullamento ex tunc o ex nunc). In altri termini l'annullamento ex tunc e anche quello ex nunc risulterebbe in palese contrasto sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione (ossia l'interesse alla tutela dell'ambiente di cui si era fatto portatore l'associazione ambientalista) sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice ex lege l'associazione appellante".

Si tratta, come detto, di un passaggio chiave per due ordini di ragioni. In primo luogo perché in tale passaggio il giudice, ai fini della decisione da assumere e dunque della tutela da riconoscere, pondera e bilancia tutti gli interessi coinvolti nella vicenda e dunque necessariamente applica un criterio di proporzionalità fondato su premesse di giustizia sostanziale. Egli pertanto si trova a formulare un giudizio che strutturalmente presenta le stesse caratteristiche del giudizio che la pubblica amministrazione emette quando esercita la propria discrezionalità. Ho parlato di somiglianze strutturali, perché è evidente che dal punto di vista funzionale non ci può essere alcuna somiglianza tra ciò che decide il giudice e ciò che decide la pubblica amministrazione. Tuttavia, anche con questa precisazione, è evidente come concetti, istituti e principi giuridici, che sino ad oggi hanno trovato il loro naturale terreno d'elezione nel diritto amministrativo sostanziale, entrano con forza – e direi quasi prepotentemente – nel diritto amministrativo processuale ed obbligano dunque ad uno sforzo di riflessione volto ad adeguare la teoria del processo amministrativo alle novità che stanno emergendo nel lavoro della giurisprudenza.

La seconda ragione, che mi induce a dire che quello citato è il passaggio chiave della sentenza, è la seguente. L'elemento che giustifica il riconoscimento della fondatezza della pretesa dell'attore, senza che a ciò consegua l'annullamento dell'atto impugnato con effetti né *ex tunc* né *ex nunc*, è dato dall'acclarata convergenza di interessi rispetto ad un tale esito. Detto in altri termini, l'interesse del ricorrente e l'interesse pubblico sono entrambi meglio tutelati da una sentenza che differisca la perdita di efficacia dell'atto illegittimo all'avvenuta azione conformativa della pubblica amministrazione.

A sostegno di tale affermazione il giudice ricorda anche la circostanza che l'originario ricorso era stato proposto da un'associazione ambientalista, la quale cura essa stessa un interesse indubbiamente pubblico, qual è quello ambientale, come dice espressamente il Collegio, e comunque, anche nell'ipotesi in cui non si voglia accettare quest'ordine concettuale, un interesse diffuso che per sua natura non è in via generale in contrasto con l'interesse pubblico.

Nella prospettiva assunta dal giudice, pertanto, l'interesse del ricorrente e quello del resistente non vengono valutati nella sola prospettiva di risolvere questioni che attengono all'accertamento della legittimazione ad agire o della sussistenza dell'interesse a ricorrere come dovrebbe essere secondo la teoria del processo amministrativo tradizionale. I suddetti interessi vengono invero anche ponderati e bilanciati ai

fini della decisione e dunque torna nuovamente in campo una valutazione che deve essere condotta secondo un criterio di ragionevolezza e di proporzionalità.

Ma ciò non è tutto perché, a ben vedere, il giudice opera anche una valutazione delle intenzioni del ricorrente. Nella sentenza si dice infatti che “*il medesimo ricorso di primo grado non ha mirato a far rimuovere in quanto tali gli atti generali impugnati, bensì a farne rilevare l’illegittimità per l’inadeguatezza della tutela prevista dal Piano faunistico approvato dalla Regione Puglia*”. Ebbene, è evidente come il processo amministrativo si arricchisca di un nuovo passaggio valutativo: la ricerca delle intenzioni del ricorrente. Si badi bene: a sminuire la novità non serve ricordare come sia compito naturale del giudice analizzare la domanda per comprendere esattamente il tipo di tutela invocato. Nel caso in esame infatti il giudice valuta la domanda non in funzione della comprensione del tipo di tutela, ma al fine di stabilire se l’annullamento dell’atto debba essere disposto con effetti *ex tunc* ovvero *ex nunc* ovvero ancora essere escluso del tutto, rinviando tali effetti alla nuova decisione che la pubblica amministrazione dovrà assumere per conformarsi alla sentenza che accerta l’illegittimità dell’atto.

Si delinea dunque un inedito (ed interessante da studiare) schema logico del processo decisionale del giudice allorquando lo stesso ritenga di dovere modulare l’effetto di annullamento della sentenza in relazione al tempo ovvero di escludere l’effetto di annullamento differendolo al momento della attività conformativa della p.a.

In proposito ritengo di potere tratteggiare lo schema logico nel seguente modo: *i*) si individua dapprima la reale volontà del ricorrente espressa nella domanda (ossia si individua se quest’ultimo ha di mira non tanto o non solo l’annullamento dell’atto impugnato quanto piuttosto l’accertamento della sua illegittimità); *ii*) si passa poi a verificare se l’intenzione del ricorrente stesso, così come identificata dal giudice, giustifichi una modulazione dell’effetto di annullamento in termini diversi dall’effetto *ex tunc* e dunque in termini di effetto *ex nunc* o in termini di esclusione dell’effetto di annullamento; *iii*) in caso di risposta affermativa si procede a verificare se la modulazione dell’effetto di annullamento non giovi anche all’interesse del resistente e dunque alla tutela dell’interesse pubblico; *iv*) infine si decide se adottare una sentenza di annullamento dell’atto impugnato con effetto *ex nunc* ovvero una sentenza che, accertata l’illegittimità dell’atto, non dispone l’annullamento del medesimo, rinviando la produzione di tale effetto al momento in cui l’amministrazione adotterà, in esecuzione della sentenza, il nuovo atto.

Nel caso esaminato, peraltro, il bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti nella vicenda in contestazione, al fine di riconoscere la tutela più appropriata rispetto alla domanda di giustizia avanzata dall’attore, riesce agevole o, per meglio dire, non crea particolari problemi in ragione della convergenza degli interessi coinvolti, quello pubblico in cura alla p.a. e quello diffuso in cura all’associazione ambientalista.

Ma ciò detto, sorge spontaneo un interrogativo. La modulabilità della tutela, nel senso indicato dalla sentenza, può e deve essere applicata anche rispetto a quei casi, che sono poi la maggioranza, in cui gli interessi coinvolti non siano convergenti, bensì divergenti?

Sul punto è quanto mai interessante una decisione del Tar Molise¹⁴. La vicenda affrontata trae origine da un ricorso presentato dalla Provincia di Campobasso volto ad ottenere l'annullamento dell'autorizzazione unica per la realizzazione e l'esercizio dell'impianto di produzione di energia elettrica da biomasse legnose sito in un Comune rientrante nell'ambito territoriale della Provincia stessa. Avverso il provvedimento erano state proposte censure molto articolate, ma che ruotavano tutte in buona sostanza sul fatto che non era stato tenuto in considerazione il parere negativo espresso dalla Provincia basato su considerazioni connesse alla tutela ambientale. Ebbene il giudice amministrativo, nel riconoscere la fondatezza della doglianza della Provincia, ha deciso, in applicazione dell'orientamento espresso dalla VI Sezione del Consiglio di Stato del 2011, di non procedere all'annullamento dell'autorizzazione unica sulla base delle seguenti argomentazioni: *“Considerato che l'impianto è in esercizio da quattro anni, tenuto conto dell'entità dell'investimento e delle ricadute occupazionali connesse, ritiene il Collegio che la presente sentenza debba avere unicamente effetti conformativi del successivo esercizio della funzione pubblica e non anche i consueti effetti ex tunc di annullamento, demolitori degli effetti degli atti impugnati, né quelli ex nunc, realizzandosi in tal modo un ragionevole contemperamento tra le inderogabili esigenze di tutela ambientale, tutelate nella specie dall'iniziativa assunta dalla provincia, e di quelle di tutela del diritto d'iniziativa economica e delle connesse ricadute occupazionali proprie della società proponente”*.

È evidente come questa sentenza costituisca un'applicazione dell'orientamento espresso dalla VI Sezione del Consiglio di Stato ed insieme una sua radicalizzazione, perché nella fattispecie concreta sottoposta al giudizio non vi è affatto convergenza degli interessi coinvolti, bensì divergenza. E non a caso nella sentenza si parla espressamente del contemperamento effettuato dal giudice tra interessi diversi e contrapposti, tutti peraltro aventi piena rilevanza costituzionale, trattandosi di interessi ambientali, economici e lavorativi.

È evidente come il giudice, nel decidere, abbia formulato una valutazione necessariamente guidata dall'applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Ma ciò conferma quanto ho già detto: la struttura del giudizio che il Collegio ha effettuato non differisce dalla struttura del giudizio che la pubblica amministrazione effettua sul piano sostanziale ogni qualvolta deve contemperare interessi in contrasto¹⁵.

¹⁴ Ci si riferisce alla già citata sentenza del Tar Molise, n. 637/2014.

¹⁵ Peraltro nel caso deciso dal Tar Molise tutti gli interessi considerati hanno rilevanza costituzionale e dunque il bilanciamento avviene tra variabili poste dalla medesima fonte. Nel caso in cui gli interessi non abbiano pari forza quanto alla fonte che li prevede e li tutela il bilanciamento diventa più complesso.

5. *La possibilità che il giudice amministrativo riconosca la spettanza del provvedimento richiesto dal privato anche nel caso in cui vi sia esercizio di discrezionalità tecnica*

La terza questione che intendo affrontare riguarda, come detto, la possibilità che il giudice amministrativo riconosca la spettanza del provvedimento richiesto dal privato, anche nel caso in cui vi sia esercizio di discrezionalità tecnica, in applicazione dell'art. 34, comma 1, lett. c), del CPA (*"In caso di accoglimento del ricorso il giudice condanna...all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio ..."*).

In proposito è di estremo interesse nuovamente una pronuncia del Tar Molise¹⁶, nella quale il caso affrontato era il seguente. Pur in presenza di due sentenze, che avevano annullato il diniego opposto dall'amministrazione, quest'ultima per la terza volta aveva respinto l'istanza del privato di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio della patologia di cui il medesimo risultava affetto.

Ebbene, di fronte a tale caso, il Tar ha deciso di riconoscere direttamente l'utilità al privato. È opportuno riportare per intero i passaggi chiave della sentenza per la chiarezza ed il rigore delle argomentazioni che andrebbero dispersi attraverso una sintesi. Dopo avere ricordato come, in presenza di ben due annullamenti giurisdizionali, il principio di effettività della tutela non tolleri un ulteriore momento di esercizio della funzione amministrativa, sicché deve farsi applicazione di quell'orientamento giurisprudenziale che, a fronte di un ennesimo annullamento, anche solo per vizio di motivazione, predica l'intervenuto esaurimento del potere pubblico, la sentenza così prosegue: *"Peraltro nel caso di specie l'ammissibilità di una pronuncia sulla spettanza risulta avvalorata dalla considerazione che, anche a prescindere dalla teorica dell'esaurimento del potere di accertamento in capo all'amministrazione, ricorre una fattispecie di accertata carenza di argomentazioni idonee a confutare la fondatezza della pretesa fatta valere dal ricorrente, al contrario assistita da un quadro indiziario che induce a ritenere ragionevole la sussistenza del nesso di dipendenza della patologia dal servizio espletato...così da rendere superfluo il ricorso alla CTU. La ammissibilità di un giudizio sulla fondatezza della pretesa sostanziale è stata predicata da tempo dalla teorica giurisprudenziale dell'esaurimento del potere in presenza di reiterati annullamenti giurisdizionali di provvedimenti negativi, in linea con quell'orientamento dottrinale che, da altra angolazione, ritiene ammissibile il sindacato sostitutivo in tutti i casi in cui l'amministrazione, in presenza del decorso di un lasso di tempo ritenuto in concreto congruo rispetto alla complessità dell'iter procedimentale, non abbia potuto opporre valide ragioni di interesse pubblico ostative alla soddisfazione dell'interesse pretensivo e sempre che il materiale istruttorio acquisito sia tale da ritenere il problema di amministrazione maturo per la decisione. Giova a tal fine anche la prova logica di tipo indiziario in quanto nel giudizio di compatibilità dell'interesse privato pretensivo con l'interesse pubblico ben potrà il giudice, al fine di accogliere la domanda di tutela, trarre elementi indiziari dalla inerzia*

¹⁶ Tar Molise, n. 238/2011.

o dalla impossibilità per l'amministrazione, titolare del potere di accertamento, di rappresentare circostanze di fatto o standard di giudizio idonei a confutare la attendibilità e l'efficacia probante delle circostanze adottate dal privato per sostenere la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere. In tale prospettiva la possibilità di una tutela satisfattiva deve ritenersi assicurata anche nelle ipotesi di esercizio di poteri discrezionali, come pure in quelle in cui l'accertamento dei fatti presuppone il ricorso a regole tecniche opinabili, in quanto è onere della pubblica amministrazione rappresentare in concreto ed in un tempo ragionevole le circostanze di fatto ostative che rendono operante l'effetto preclusivo alla soddisfazione dell'interesse pretensivo, collegato dalla legge all'esercizio di un potere posto a tutela dell'interesse pubblico astratto, normativamente tipizzato. Se i fatti adottati sono incongrui, carenti o contraddittori oppure vengono tra loro collegati secondo regole di giudizio apodittiche o regole tecniche inattendibili, oppure sono rappresentati in violazione delle regole di esercizio del potere e se l'amministrazione non ha saputo porre rimedio, in tempi ragionevoli, ai vizi ed alle carenze evidenziate in pregresse statuizioni giurisdizionali, l'effetto preclusivo alla tutela dell'interesse pretensivo discendente dall'esercizio del potere discrezionale non può che recedere per consentire il pieno esercizio delle concorrenti situazioni giuridiche soggettive dei soggetti privati. In questi limiti il giudice ben può spingersi sino a riconoscere la spettanza del bene della vita richiesto dal privato ed in tal senso depongono anche i più recenti indici normativi. In particolare l'art. 34, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo prevede che il giudice possa condannare l'amministrazione alla <<adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio>>. Tra queste misure deve annoverarsi il potere del giudice di accordare direttamente l'utilità giuridica finale in presenza della accertata impossibilità per l'amministrazione di rappresentare, secundum legem ed in un lasso di tempo ragionevole, fatti ostativi alla tutela dell'interesse pretensivo, a condizione che quest'ultimo risulti azionato con il supporto di indici probatori adeguati o comunque non implausibili, come accaduto per le ragioni esposte nel caso di specie".

Come è facile comprendere, si tratta di una sentenza che, se mi si passa la metafora, scuote dalle fondamenta l'edificio del diritto amministrativo sostanziale e processuale, peraltro recependo quanto la dottrina più avveduta predica perlomeno da un ventennio a questa parte.

La sentenza riconosce, infatti, la possibilità di attribuire al privato l'utilità richiesta all'amministrazione pur in presenza di un'azione amministrativa caratterizzata da discrezionalità tecnica.

Si badi bene, siamo ben oltre l'idea che la discrezionalità (in questo caso tecnica) si è consumata attraverso l'istruttoria procedimentale, di guisa che non resta al giudice che constatare la mancata adozione di un atto ormai vincolato e provvedere di conseguenza. Come pure siamo ben oltre l'idea dell'esaurimento del potere per effetto di una o più precedenti pronunce giurisdizionali¹⁷ ovvero per

¹⁷ Sulla teorica dell'esaurimento del potere cfr. tra le molte decisioni *Cons. St., Sez. IV*, n. 4987/2014, secondo cui l'amministrazione, dopo un primo giudicato di annullamento del provvedimento di diniego, che ha negato l'ampliamento della sfera giuridica del richiedente, deve "esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati"

effetto della combinazione tra ordinanza cautelare propulsiva e motivi aggiunti in pendenza del giudizio di merito¹⁸. Ed infatti, sebbene nel caso concreto vi fossero state più pronunce di annullamento, il Tar Molise sembra ritenere che si possa anche prescindere da tale circostanza. I giudici infatti valorizzano, nella parte motiva, il dato della carenza di argomentazioni dell'amministrazione idonee a confutare la fondatezza della pretesa fatta valere dal ricorrente, che invece è assistita da un quadro indiziario ragionevole. Circostanza questa che evidentemente può ben essere accertata in sede di primo giudizio ed a prescindere dalla tutela cautelare.

Insomma ciò che davvero rileva per il Tar Molise, al di là del richiamo alla teorica dell'esaurimento del potere, è l'inerzia dell'amministrazione, che costituisce *ex se* un indice della impossibilità per la medesima di rappresentare circostanze di fatto o standard di giudizio in grado di confutare l'attendibilità e l'efficacia probante delle circostanze addotte dal privato.

In definitiva, secondo il Tar, nell'ipotesi di un'istanza motivata e comprovata del privato, è onere (la sentenza parla di onere, ma forse sarebbe stata più corretto parlare di obbligo o dovere) dell'amministrazione rappresentare in concreto - ed entro un lasso di tempo ragionevole - le circostanze che rendono operante l'effetto preclusivo alla soddisfazione dell'interesse del privato. Ove ciò non venga fatto ovvero venga fatto attraverso asserzioni che appaiono carenti, contraddittorie, nonché collegate secondo regole di giudizio apodittiche o inattendibili, il giudice può spingersi a riconoscere la spettanza del bene al privato¹⁹.

Si tratta di una sentenza fortemente innovativa. In essa il principio di effettività della tutela viene declinato in modo tale da determinare una rimodulazione dei principali concetti teorici del diritto amministrativo. Ed infatti: *i*) la discrezionalità tecnica, in presenza dell'art. 34, comma 1, lett. c), del CPA, non è più un limite invalicabile per il giudizio di spettanza da parte del giudice amministrativo; *ii*) l'esercizio della funzione amministrativa incorpora, a fronte di un'istanza motivata e comprovata del privato, un elemento di doverosità, che si traduce operativamente per l'amministrazione nell'obbligo di confutare le asserzioni del privato attraverso quella dinamica di congetture e confutazioni, che, secondo lo schema di un illustre epistemologo del Novecento²⁰, costituisce la migliore garanzia di una scelta corretta dal punto di vista della razionalità ovvero della ragionevolezza; *iii*) l'inerzia dell'amministrazione non rileva più soltanto come

¹⁸ Sulla tecnica del c.d. *remand* cfr. *Tar Lombardia*, Sez. III, n. 1428/2011; *Tar Campania*, Sez. VII, n. 4339/2014.

¹⁹ L'ordine concettuale presente nell'argomentazione dei giudici è stato sviluppato in dottrina soprattutto da F. LEDDA, di cui cfr. in particolare il saggio, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, 133 ss.

²⁰ Il riferimento è a KARL POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Trad. it, Il Mulino, Bologna, 1972.

fatto di inadempimento, ma come prova indiziaria dell'impossibilità di confutare quanto asserito e provato dal privato; *iv*) parimenti argomentazioni apodittiche o perplesse dell'amministrazione, contenute nel provvedimento di diniego, hanno lo stesso valore probante, di guisa che il provvedimento immotivato o mal motivato non costituisce soltanto un atto illegittimo, ma una circostanza che consente al giudice di potere trarre indicazioni ai fini della decisione in merito alla spettanza dell'utilità richiesta dal privato; *v*) il bene della vita, di fronte al quadro delineato, può ben essere riconosciuto dal giudice amministrativo già in sede di primo giudizio senza attendere che per effetto di ulteriori giudizi si determini l'esaurimento del potere della p.a.²¹.

La sentenza apre dunque scenari nuovi che debbono fare riflettere. Indipendentemente dalla condivisibilità o meno di quanto in essa affermato, essa però conferma un dato: ossia che attraverso l'uso accorto dei poteri conferiti al giudice amministrativo è possibile ampliare l'effettività della tutela del privato e nel contempo costringere l'amministrazione ad agire nel pieno rispetto degli obblighi e dei doveri che gravano sulla stessa²².

6. Osservazioni conclusive

I cambiamenti che hanno investito il processo amministrativo per effetto dell'introduzione del CPA e dell'applicazione che ne ha fatto il giudice amministrativo sono certamente un fattore positivo. Naturalmente ciò che va evitato è il rischio dell'anomia. Ma tale esito può essere evitato solo se le novità che stanno

²¹ Nella sentenza l'esercizio della discrezionalità amministrativa viene spogliato da qualsiasi riferimento al potere o ad una presunta posizione di superiorità della parte pubblica non solo nel processo amministrativo, ma anche nel procedimento. La sentenza offre a mio parere anche importanti spunti per ripensare la natura dell'attività amministrativa sul piano sostanziale: non momento di esercizio del potere, ma momento di esercizio di una libertà sociale che interagisce con le altre secondo l'ordine concettuale espresso molti anni orsono da G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Cedam, Padova, 1994. In questa prospettiva il potere diventa un fatto puramente tecnico utile a rivestire di effetti vincolanti la decisione assunta dalla pubblica amministrazione.

²² La sentenza sembra peraltro recepire tutte le sollecitazioni che provengono dalla dottrina a favore di un utilizzo più pregnante del concetto di dovere nella ricostruzione della posizione dell'amministrazione nel nostro sistema giuridico. Tra i tanti contributi in proposito cfr. G. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, 1987, ora in *La democrazia come problema I. Diritto, Amministrazione ed Economia*, Tomo 2, Bologna, 1994 secondo cui "il dovere d'ufficio in quanto tale è incorporato dalla norma dell'attività, in ciascuna delle attività che sono destinate in un determinato ufficio, ed esso quindi è parte integrante della fattispecie astratta che governa quell'attività" (p. 276). Torna con grande efficacia sul tema del dovere d'ufficio di recente R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI-R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2009, p. 154 ss.

emergendo vengono ricondotte dentro uno schema interpretativo profondamente rinnovato.

L'Adunanza Plenaria n. 4/2015 è sembrata molto preoccupata di tale anomia ed ha posto un punto fermo: non sono ammesse operazioni ermeneutiche di manipolazione del principio della domanda in assenza di un'esplicita previsione normativa. È opportuno riprendere il passaggio chiave della sentenza: "*non è consentito al giudice, in presenza dell'acclarata, obiettiva esistenza dell'interesse all'annullamento richiesto, derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità proporzionalità, al principio della domanda*".

Al riguardo ciò che sorprende maggiormente è la rapidità con cui l'Adunanza Plenaria liquida le questioni di equità e giustizia sollevate nell'ordinanza di rimessione. Tale sorpresa nasce dal fatto che, a parere di chi scrive, le interdipendenze tra le situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel processo amministrativo, siano esse quelle sottostanti all'interesse pubblico ovvero quelle sottostanti agli interessi privati, unitamente ai necessari tempi del giudizio, non possono non entrare come elemento rilevante per la decisione. Tali interdipendenze, infatti, chiamano in causa proprio quelle istanze di equità che l'ordinanza di rimessione aveva tentato di fare emergere²³. Certamente, quando nella decisione del giudice entra in gioco l'equità, bisogna evitare che si aprano margini di soggettività nell'apprezzamento di tale valore rispetto al caso concreto. Ma ciò può essere evitato ove venga avviata una difficile, ma non impossibile, opera di costruzione di criteri più puntuali, enucleabili dal principio di equità, che possano condurre ad un'applicazione il più possibile oggettiva del principio stesso²⁴.

Per tornare al caso deciso dall'Adunanza Plenaria, è evidente come una decisione di annullamento, che riconosca al ricorrente una mera ed ipotetica *chance*, determinando nel contempo lo stravolgimento dei piani di vita di altri soggetti, non serve a rendere giustizia. È però parimenti evidente come dal caso concreto emerga già qualche prima indicazione sulla possibilità di costruire criteri oggettivi sulla base dei quali fare applicazione del principio di equità nel processo amministrativo: qualsiasi operazione del giudice di applicazione del principio non può mai lasciare senza tutela e senza adeguata utilità il ricorrente che abbia proposto una fondata domanda di annullamento (e dunque sempre vi deve essere spazio per il risarcimento del danno da valutare con particolare attenzione in relazione al profilo del *quantum*). Ritengo dunque che la strada da percorrere non

²³ L'emersione delle istanze di equità di cui si parla nel testo è avvenuta in particolare facendo leva su teorie e concetti (danno sociale, scelte di vita etc.) ampiamente utilizzati nel dibattito contemporaneo sull'etica ed in particolare da A. SEN, di cui cfr. in particolare *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Trad. it., Il Mulino, Bologna, 1994.

²⁴ Indicazioni illuminanti di metodo su come enucleare dai principi precetti più specifici da applicare ai casi concreti si possono trovare in A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 11 ss.

sia quella di eliminare i problemi di equità dalle decisioni giudiziali, ma quella di lavorare su di essi per offrire un quadro di certezze che possa aiutare il giudice amministrativo nell'assumere le proprie determinazioni.

Detto questo e venendo alle altre decisioni del giudice amministrativo, che si sono esaminate nel presente saggio, esse meritano senz'altro apprezzamento. Dunque operazioni volte a modulare gli effetti della sentenza di annullamento, sono non solo possibili, ma anche auspicabili se attraverso di esse si vuole realizzare una giustizia effettiva e nel contempo equa, purché si abbia piena consapevolezza del fatto che il bilanciamento di interessi presenti nella vicenda concreta sottoposta al giudice deve avvenire attraverso un uso rigoroso e misurato del principio di proporzionalità. In assenza di ciò può innescarsi un pericoloso fenomeno di eterogeneità dei fini, nel senso che colui che fondatamente avanza la domanda di giustizia può finire paradossalmente penalizzato da un uso non sorvegliato della tecnica del contemperamento degli interessi.

Parimenti sono da ritenere possibili e auspicabili operazioni sul riconoscimento della c.d. spettanza dell'utilità richiesta dal privato che, sulla scia di quanto fatto dal Tar Molise, si innestino anche rispetto all'attività amministrativa discrezionale, in particolare di tipo tecnico. Proprio da questa sentenza può anzi partire, come già accennato, un percorso di generale ripensamento di alcune delle principali categorie dogmatico-teoriche del diritto amministrativo sostanziale e processuale.

Abstract

The atypical protection in the administrative judicial process between the principle of effectiveness, principle of fairness and proportionality principle: meta-jurisprudence essay

by Alberto Zito

The essay deals with the application of the principles of effectiveness, equity and proportionality in the decisions of the administrative judge. To this end, the work examines some innovative decisions taken by Regional Administrative Tribunals and by the Council of State, in which the judge has used the aforementioned principles in order to guarantee effective protection for the applicant. The study also highlights the impact these decisions can have on the main concepts of administrative system.

La funzione di salvaguardia del responsabile del servizio finanziario degli enti locali nella teoria dell'organizzazione amministrativa: profili ricostruttivi

di Salvatore Dettori

SOMMARIO: 1. Percorso di indagine e fissazione del tema della riflessione. – 2. Il responsabile del servizio finanziario nel quadro normativo definito dal Testo unico degli enti locali. – 3. L'equilibrio economico-finanziario dell'ente come interesse generale in cura all'ufficio del responsabile del servizio finanziario. – 4. La programmazione e la rendicontazione finanziaria quale oggetto dell'esercizio della funzione di salvaguardia. – 5. L'esercizio di poteri inibitori sull'attività di programmazione e rendicontazione dell'ente locale quale declinazione della funzione di salvaguardia. – 6. Le problematiche sul tappeto. – 7. Prolegomeni per un cambio di prospettiva: la dimensione oggettiva dell'ufficio. – 8. L'applicazione della diversa prospettiva sondata alla funzione di salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario dell'ente locale. – 9. La “doppia” legittimazione ad agire, “oggettiva” e “soggettiva”, del responsabile del servizio finanziario dell'ente locale.

1. *Percorso di indagine e fissazione del tema della riflessione*

Nel presente contributo intendo svolgere qualche riflessione sulla figura del responsabile del servizio finanziario degli enti locali, partendo da una considerazione tratta dall'analisi della vigente disciplina positiva: ossia che il ruolo che tale funzionario pubblico ricopre nell'attuale ordinamento delle autonomie locali non si esaurisce nel mero ausilio tecnico agli organi di indirizzo politico amministrativo dell'ente, né nello svolgimento dei compiti gestionali generalmente attribuiti alla dirigenza pubblica, ma ricomprende l'esercizio di una funzione generale di salvaguardia e garanzia, che ha ad oggetto gli equilibri economico-finanziari dell'amministrazione e dunque, in ultimo, la stessa possibilità in capo all'ente locale di perseguire le proprie finalità istituzionali.

Muovendo dall'analisi del dato normativo, proverò dunque ad indagare sul contenuto di tale peculiare funzione, mettendone in luce la significativa portata nell'ambito non solo del sistema delle autonomie locali, ma dell'intero ordinamento delle amministrazioni pubbliche. Analizzando il fenomeno nella prospettiva dell'organizzazione amministrativa, tenterò quindi di mostrare come la funzione di salvaguardia e garanzia in questione si configuri quale componente inscindibile dell'ufficio del responsabile del servizio finanziario e come, così intesa, costituisca l'esplicazione di un dovere a tale ufficio connesso. Tale circostanza risulterà utile per verificare infine la possibilità di fondare su tale funzione di salvaguardia la legittimazione del responsabile del servizio finanziario ad agire in

giudizio avverso gli atti di programmazione e rendicontazione finanziaria della propria amministrazione che possano pregiudicare l'interesse generale all'equilibrio della gestione economico-finanziaria dell'ente.

Una precisazione è peraltro d'obbligo. La riflessione che svolgerò si colloca su un piano prettamente amministrativistico: rimarranno quindi sullo sfondo sia le questioni legate alla dimensione costituzionale dell'ordinamento della finanza pubblica, sia quelle strettamente riguardanti la gestione contabile degli enti locali. Di tali questioni coglierò esclusivamente gli aspetti minimi, immediatamente connessi allo sviluppo del percorso di indagine che proporrò.

2. Il responsabile del servizio finanziario nel quadro normativo definito dal Testo unico degli enti locali

L'indagine necessita di un previo, seppure sintetico, inquadramento normativo della figura del responsabile del servizio finanziario degli enti locali.

A tal fine va innanzitutto considerato che la funzione di responsabile del servizio finanziario è generalmente affidata ad una figura dirigenziale o comunque apicale dell'ente locale. L'art. 107, comma primo, del TUEL attribuisce infatti ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi, secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Se dunque il responsabile del servizio finanziario di un ente locale è generalmente un dirigente, va peraltro considerato che, ai sensi dell'art. 109, comma 2, del TUEL, nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni dirigenziali possono essere attribuite, con provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione¹.

La disciplina normativa di riferimento della figura del responsabile del servizio finanziario di un ente locale è dunque contenuta nel D.Lgs. 267/2000 ed innanzitutto nelle disposizioni di questo relative all'ordinamento finanziario e contabile delle autonomie locali².

¹ La norma fa peraltro salva l'applicazione dell'art. 97, comma 4, lettera d), del TUEL in ordine alle funzioni attribuite ai segretari dallo Statuto dell'ente, dai regolamenti, dal sindaco o dal presidente della provincia.

² In tema di organizzazione dell'apparato burocratico degli enti locali, la disposizione di riferimento è contenuta nell'art. 107 del TUEL, che assegna ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti, nella prospettiva della separazione tra indirizzo e controllo politico-amministrativo, spettante agli organi di governo, e la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, attribuita appunto ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Nel medesimo art. 107 è altresì previsto che ai dirigenti spettano: (i) tutti i compiti non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale;

In particolare, l'art. 153, comma primo, del TUEL prevede che al servizio economico-finanziario è affidato il coordinamento e la gestione dell'attività finanziaria dell'ente. Trattasi di disposizione generale, che esprime un concentrato del ruolo oggi attribuito al funzionario in questione, al cui potere di gestione delle attività proprie della materia economico-finanziaria si somma anche quello di coordinamento di ogni organo o apparato dell'ente che svolga una funzione connessa a tale materia. Tali poteri e funzioni sono peraltro specificati sia nei successivi commi dell'art. 153³, sia in altre disposizioni del TUEL⁴.

(ii) tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, tra i quali in particolare – per quanto di interesse ai fini del presente lavoro – gli atti di gestione finanziaria. Nella stessa norma è altresì prevista un'espressa riserva di legge in ordine alla deroga delle attribuzioni dei dirigenti, nonché la responsabilità diretta ed esclusiva dei medesimi dirigenti in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione.

³ La norma in questione attribuisce al responsabile del servizio finanziario le seguenti funzioni: (i) la verifica di veridicità delle previsioni di entrata e di compatibilità delle previsioni di spesa, avanzate dai vari servizi, da iscriversi nel bilancio di previsione e la verifica periodica dello stato di accertamento delle entrate e di impegno delle spese; (ii) la regolare tenuta della contabilità economico-patrimoniale; (iii) la salvaguardia degli equilibri finanziari e complessivi della gestione e dei vincoli di finanza pubblica; (iv) le attestazioni di copertura della spesa in relazione alle disponibilità effettive esistenti negli stanziamenti di spesa e, quando occorre, in relazione allo stato di realizzazione degli accertamenti di entrata vincolata; (v) la segnalazione obbligatoria dei fatti gestionali da cui si evidenzino le situazioni tali da pregiudicare gli equilibri del bilancio.

⁴ Nel TUEL, l'art. 147, comma 2, nel definire il sistema di controllo interno dell'ente, richiama l'attività di coordinamento e di vigilanza da parte del responsabile del servizio finanziario; l'art. 147-bis, comma primo, assegna al responsabile del servizio finanziario l'esercizio del controllo contabile attraverso il rilascio del parere di regolarità contabile e del visto attestante la copertura finanziaria; l'art. 147-quinquies, comma primo, dispone che il controllo sugli equilibri finanziari sia svolto sotto la direzione e il coordinamento del responsabile del servizio finanziario; l'art. 158, comma primo, dispone che il responsabile del servizio finanziario, con il segretario, curi la presentazione del rendiconto all'amministrazione erogante per tutti i contributi straordinari assegnati da amministrazioni pubbliche agli enti locali; l'art. 161, comma primo, prevede che il responsabile del servizio finanziario firmi, con il segretario e l'organo di revisione economico-finanziario, le certificazioni sui principali dati del bilancio di previsione e del rendiconto della gestione da trasmettere al Ministero dell'interno; l'art. 222, comma 2-bis, prevede che il responsabile del servizio finanziario certifichi, congiuntamente all'organo di revisione, la condizione di grave indisponibilità di cassa dell'ente in dissesto economico-finanziario ai fini delle anticipazioni di tesoreria; l'art. 224, comma primo, prevede che il responsabile del servizio finanziario sia tra gli organi che intervengono alle operazioni di verifica straordinaria di cassa a seguito del mutamento della persona del sindaco, del presidente della provincia, del sindaco metropolitano e del presidente della comunità montana; l'art. 268-ter, comma 4, dispone che il responsabile del servizio finanziario esprima parere in caso di accesso dell'ente in dissesto alla procedura straordinaria per fronteggiare ulteriori passività di cui all'art. 268-bis.

Ve peraltro considerato che il D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 149, "*Meccanismi sanzionatori e premiali relativi a regioni, province e comuni, a norma degli articoli 2, 17 e 26 della legge 5 maggio 2009, n. 42*"

Dal quadro normativo di riferimento emerge dunque la rappresentazione di un ufficio dell'ente locale cui è attribuito l'esercizio di eterogenee funzioni, che spaziano dalla mera gestione contabile (la regolare tenuta della contabilità economico-patrimoniale) ad attività di attestazione e certificazione (le attestazioni di copertura della spesa in relazione alle disponibilità effettive esistenti nei relativi stanziamenti; le certificazioni sui principali dati del bilancio di previsione e del rendiconto della gestione) ad attività di verifica e controllo (il rilascio del parere di regolarità contabile e del visto attestante la copertura finanziaria) ed ancora ad attività di proposta provvedimento (con riguardo agli atti di bilancio).

La lista non è peraltro ancora completa: all'ufficio del responsabile del servizio finanziario è infatti attribuito l'esercizio di una funzione assolutamente peculiare, che consiste nella salvaguardia e tutela dell'equilibrio economico-finanziario dell'ente locale. L'art. 153, comma quarto, del TUEL, nella versione successiva al DL 174/2012⁵, prevede infatti che il responsabile del servizio finanziario: (i) è preposto alla salvaguardia degli equilibri finanziari e complessivi della gestione e dei vincoli di finanza pubblica; (ii) nell'esercizio di tali funzioni agisce in autonomia, nei limiti di quanto disposto dai principi finanziari e contabili, dalle norme ordinamentali e dai vincoli di finanza pubblica.

Ebbene, come sopra anticipato, ritengo che su tale prescrizione possa

all'art. 4 dispone in capo al responsabile del servizio finanziario degli enti locali, o in alternativa in capo al segretario generale, l'obbligo di redazione della relazione di fine mandato del sindaco o del presidente della provincia, la cui finalità è quella di garantire il coordinamento della finanza pubblica, il rispetto dell'unità economica e giuridica della Repubblica, il principio di trasparenza delle decisioni di entrata e di spesa. In caso di mancato adempimento all'obbligo di redazione di tale relazione, al responsabile del servizio finanziario è ridotto della metà l'importo degli emolumenti, con riferimento alle tre successive mensilità.

⁵ L'art. 153, comma 4, del TUEL prevede che, *“Il responsabile del servizio finanziario, di ragioneria o qualificazione corrispondente, è preposto alla verifica di veridicità delle previsioni di entrata e di compatibilità delle previsioni di spesa, avanzate dai vari servizi, da iscriversi nel bilancio di previsione ed alla verifica periodica dello stato di accertamento delle entrate e di impegno delle spese, alla regolare tenuta della contabilità economico-patrimoniale e più in generale alla salvaguardia degli equilibri finanziari e complessivi della gestione e dei vincoli di finanza pubblica. Nell'esercizio di tali funzioni il responsabile del servizio finanziario agisce in autonomia nei limiti di quanto disposto dai principi finanziari e contabili, dalle norme ordinamentali e dai vincoli di finanza pubblica”*. L'attuale versione della norma si è avuta con le modifiche introdotte dal D.L. 10.10.2012 n. 174, *Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012*, pubblicato nella Gazz. Uff. 10 ottobre 2012, n. 237, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 7 dicembre 2012, n. 213. L'art. 153, comma 4, nel testo precedente le modifiche apportate dal suddetto DL, in vigore dal 13 ottobre 2000 al 10 ottobre 2012, prevedeva: *“Il responsabile del servizio finanziario, di ragioneria o qualificazione corrispondente, è preposto alla verifica di veridicità delle previsioni di entrata e di compatibilità delle previsioni di spesa, avanzate dai vari servizi, da iscriversi nel bilancio annuale o pluriennale ed alla verifica periodica dello stato di accertamento delle entrate e di impegno delle spese”*.

fondarsi l'attribuzione al responsabile del servizio finanziario dell'ente locale di una funzione che corrisponde alla tutela di un interesse avente portata generale, ulteriore e differente rispetto agli interessi pubblici in cura agli enti locali, e che si esplica nel riconoscimento in capo al suddetto funzionario di peculiari poteri di intervento, anche in sede giurisdizionale, sugli atti di programmazione e rendicontazione finanziaria della propria amministrazione.

La correttezza di tale assunto passa peraltro per la definizione del contenuto della funzione in questione, nonché dei poteri/doveri amministrativi in cui la stessa si esplica. A tal fine la riflessione si dovrà appuntare progressivamente su una serie di questioni, tutte strettamente connesse: (i) in primo luogo appare necessario definire l'oggetto di tale descritta funzione, circoscrivendone il contenuto; (ii) tale accertamento consentirà infatti la verifica della corrispondenza dell'oggetto della funzione di salvaguardia con un interesse pubblico generale di rilevanza costituzionale ed europea; (iii) solo una volta compiuta con esito positivo anche tale ulteriore operazione sarà quindi possibile accertare in che relazione si pongano questo interesse (ossia quello oggetto della funzione di salvaguardia) e quelli attribuiti immediatamente in cura all'amministrazione locale; (iv) a questo punto si potrà ragionare sulle modalità di esercizio della funzione in esame e dunque sul contenuto dei poteri in cui la stessa si declina.

3. *L'equilibrio economico-finanziario dell'ente come interesse generale in cura all'ufficio del responsabile del servizio finanziario*

Come sopra evidenziato, la richiamata disposizione contenuta nell'art. 153, comma 4, del TUEL indica quale oggetto della funzione di *salvaguardia* per un verso gli *“equilibri finanziari e complessivi della gestione”* e, per altro verso, i *“vincoli di finanza pubblica”*.

Se è dunque dal concetto di equilibrio che è opportuno muovere lo sviluppo della riflessione, a tal proposito, non può non riconoscersi come tale concetto evocati, declinato in una prospettiva economico-finanziaria, una condizione di quiete, e dunque di stabilità, tra risorse in entrata e risorse in uscita⁶: un ente potrà quindi dirsi in equilibrio economico-finanziario quando sia in grado,

⁶ Di recente, sul rapporto tra concetto di equilibrio e quello di stabilità in materia economico-finanziaria, peraltro nella prospettiva dei vincoli europei e nazionali, F. ANDREONI, *Stabilità economico-finanziaria e strumenti giuridici di governo. Dalla legge finanziaria alla legge di stabilità*, Federalismi.it, dicembre 2016, la quale osserva come in ambito economico *“il concetto di stabilità indica conformemente l'obiettivo cui si tende mediante la ricerca di strumenti volti ad attenuare gli effetti dell'intensità delle fluttuazioni dei sistemi economici, strumenti che dovranno necessariamente tener conto di tutte le variabili, intrinseche ed esogene, idonee a turbare il tendenziale equilibrio del sistema, nella misura in cui se un sistema stabile è da ritenersi in equilibrio, non necessariamente una situazione di equilibrio sarà caratterizzata da stabilità”*

mediante le risorse in entrata, di remunerare in maniera adeguata le uscite necessarie a fare fronte al corretto adempimento delle proprie funzioni. In tal senso, il tema dell'*equilibrio finanziario ed economico* è dunque strettamente legato alla capacità dell'ente di produrre o comunque ottenere risorse, nonché alla capacità dello stesso di gestire l'utilizzo delle stesse in modo attento ed adeguato a garantire una condizione di stabilità tra entrate ed uscite. In questa prospettiva, la condizione di *equilibrio economico-finanziario* di un ente costituisce quindi il presupposto non solo per una buona gestione, ma per la possibilità dell'ente medesimo di fare fronte alla propria missione istituzionale.

Se quanto finora osservato potrebbe ritenersi sufficiente a qualificare l'interesse all'equilibrio economico-finanziario di un'amministrazione pubblica in termini di interesse pubblico generale, la rilevanza del tema è peraltro significativamente cresciuta dinanzi alla crisi globale del sistema dei mercati ed alle conseguenti difficoltà finanziarie che si sono riverberate anche sulle istituzioni pubbliche. Tale complessa congiuntura ha sollecitato – se non addirittura imposto – una serie di interventi sia a livello europeo, sia a livello di legislazione dei singoli Stati membri, volti a definire più rigorose politiche di bilancio utili a prevenire rischi di *default*⁷. Tali interventi si sono mossi peraltro lungo due fondamentali direttrici: la prima è quella volta a contenere il disequilibrio tra risorse disponibili in entrata ed impegni in uscita attraverso meccanismi di imposizione dell'equilibrio economico-finanziario delle amministrazioni pubbliche; la seconda, strettamente legata alla prima, è quella volta ad imporre la cosiddetta “armonizzazione dei bilanci pubblici”, ossia la definizione di un sistema contabile omogeneo per tutte le pubbliche amministrazioni.

Entrambe tali direttrici si collocano peraltro a valle di un'unica esigenza, ossia quella del coordinamento della finanza pubblica, nell'ovvia consapevolezza che la regolazione a livello centrale della materia o comunque la previsione di regole e procedure applicabili omogeneamente possa per un verso contenere il rischio di situazioni incontrollate ed incontrollabili di disequilibrio (e dunque, in ultimo, di dissesto) e, per altro verso, costituire un utile contrappeso a fronte delle tensioni istituzionali in senso autonomo o federalista.

A livello nazionale l'intervento più significativo di attuazione di tali politiche ha portato, come noto, all'adozione della legge costituzionale n. 1 del 2012, che ha interessato gli artt. 81, 97, 117 e 119 della Costituzione. Con tale intervento la materia “armonizzazione dei bilanci pubblici” è stata portata nella competenza esclusiva statale, ma soprattutto è stato introdotto nel nostro ordinamento il

⁷ Tra tali interventi, l'*Euro plus pact*, il *Six pack*, il *Meccanismo europeo di stabilità* (MES) e soprattutto il *Fiscal compact* “*Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione economica e monetaria*”, sottoscritto a Bruxelles il 2 marzo 2012. Sul tema, G. NAPOLITANO, *La nuova governance economica europea: il meccanismo di stabilità e il fiscal compact*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 5, p. 461 ss.

principio generale dell'equilibrio di bilancio, valido per tutte le amministrazioni pubbliche⁸. Queste, alla luce del nuovo primo comma dell'art. 97 Cost., sono infatti oggi tenute, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, ad assicurare *“l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”*.

In attuazione del comma sesto del riformato art. 81 Cost. è stata quindi adottata la L. 243/2012⁹, con cui sono state definite le regole ed i criteri fondamentali volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni¹⁰. Con specifico riguardo agli enti locali, l'art. 9 della suddetta legge prevede – nella versione oggi vigente a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 12 agosto 2016, n. 124 – che i bilanci di questi si considerano in equilibrio quando, sia nella fase di previsione che di rendiconto, conseguono un saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali.

Le disposizioni contenute nella L. 243/2012 hanno trovato successiva attuazione nelle leggi di bilancio 2017 e 2018¹¹. In particolare, l'art. 1, comma 465, della legge 232/2016 stabilisce che, ai fini dell'unità economica della Repubblica, le autonomie locali *“concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, nel rispetto delle disposizioni di cui ai commi da 463 a 484 del presente articolo, che costituiscono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, ai sensi dell'articolo 117, terzo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione”*¹². La disposizione assoggetta quindi

⁸ In realtà si è posta la questione se l'art. 81, come riformato, preveda il pareggio ovvero l'equilibrio di bilancio. La distinzione non è di poco momento, posto che a tale alternativa corrisponde, come è stato affermato in dottrina, l'applicazione di una “regola rigida” o di un “principio elastico”. La questione deriva dal fatto che *“il legislatore non ha saputo sciogliere l'incertezza terminologica”*, posto che nel titolo della legge costituzionale 1/2012 si fa riferimento al “pareggio”, mentre nell'articolato si parla sempre di “equilibrio”, donde *“la tesi che invero la norma costituzionale preveda il più elastico principio di equilibrio di bilancio in luogo della più rigida regola del pareggio”*: in tal senso, O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in Quad. cost., 3/2016, p. 455,

⁹ L. 24.12.2012, n. 243, *“Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione”*.

¹⁰ Il Capo II della L. 243/2012 detta la disciplina generale relativa all'equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito delle amministrazioni pubbliche. In particolare, ai sensi dell'art. 3, comma 5, della legge in questione, *“L'equilibrio dei bilanci si considera conseguito quando il saldo strutturale, calcolato nel primo semestre dell'esercizio successivo a quello al quale si riferisce, soddisfa almeno una delle seguenti condizioni: a) risulta almeno pari all'obiettivo di medio termine ovvero evidenzia uno scostamento dal medesimo obiettivo inferiore a quello indicato dall'articolo 8, comma 1; b) assicura il rispetto del percorso di avvicinamento all'obiettivo di medio termine nei casi previsti dagli articoli 6 e 8 ovvero evidenzia uno scostamento dal medesimo percorso inferiore a quello indicato dall'articolo 8, comma 1”*.

¹¹ Rispettivamente, L. 11 dicembre 2016, n. 232 e L. 27 dicembre 2017, n. 205.

¹² L'art. 1, comma 466, della L. 232/2016, prevede in particolare che: *“A decorrere dall'anno 2017 gli enti di cui al comma 465 del presente articolo devono conseguire il saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali, ai sensi dell'articolo 9, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 243. Ai sensi del comma 1-bis del medesimo articolo 9, le entrate finali sono quelle ascrivibili ai titoli 1, 2, 3, 4 e 5 dello schema di bilancio previsto dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e le spese finali sono quelle ascrivibili ai*

le regioni e le province autonome, le città metropolitane, le province e tutti i comuni, senza alcuna esclusione, alla regola del saldo non negativo di bilancio, in termini di competenza, tra entrate finali e spese finali¹³.

Sulla legge di riforma costituzionale e sulla conseguente attuazione della stessa operata con legge ordinaria si è ovviamente aperto un dibattito che ha coinvolto innanzitutto gli studiosi del diritto costituzionale e che ha riguardato e tuttora riguarda molteplici profili interpretativi ed applicativi della riforma¹⁴.

Non è evidentemente intenzione di chi scrive partecipare a tale dibattito, ma solo dallo stesso cogliere eventualmente qualche indicazione minima, utile alla riflessione che si va svolgendo. È peraltro indubbio che dal nuovo impianto costituzionale e dalle successive leggi ordinarie che tale impianto hanno declinato, emergano chiaramente almeno due indicazioni: (i) che l'equilibrio economico-finanziario di ogni amministrazione, centrale o locale – qualsivoglia siano le regole ed i parametri di valutazione attraverso cui è perseguito – contribuisce all'equilibrio generale del sistema della finanza pubblica; (ii) che l'esigenza di equilibrio economico-finanziario costituisce oramai un interesse pubblico generale che nella Costituzione trae non solo particolare forza, ma specifica dignità di interesse e che esula dall'appartenere alla singola amministrazione, ponendosi

titoli 1, 2 e 3 del medesimo schema di bilancio. Per gli anni 2017-2019, nelle entrate e nelle spese finali in termini di competenza è considerato il fondo pluriennale vincolato, di entrata e di spesa, al netto della quota riveniente dal ricorso all'indebitamento. A decorrere dall'esercizio 2020, tra le entrate e le spese finali è incluso il fondo pluriennale vincolato di entrata e di spesa, finanziato dalle entrate finali. Non rileva la quota del fondo pluriennale vincolato di entrata che finanzia gli impegni cancellati definitivamente dopo l'approvazione del rendiconto dell'anno precedente".

¹³ Così nella Circolare n. 5 del MEF – RGS – Prot. 26197 del 20/02/2018, contenente chiarimenti in materia di pareggio di bilancio per il triennio 2018-2020 per gli enti territoriali di cui all'articolo 1, commi da 465 a 508, della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (Legge di bilancio 2017), come modificata dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di bilancio 2018).

¹⁴ Senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano i contributi di G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in Rivista dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, n. 3/2016; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in Quad. cost., 1/2014, p. 51 ss.; C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in Lavoro e diritto, 3/2013, p. 357 ss.; D. CABRAS, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in Quad. cost., 1/2012, p. 111 ss.; A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in Quad. cost., 1/2012, p. 108 ss.; F. FABBRINI, *Il pareggio di bilancio nelle costituzioni europee*, in Quad. cost., 4/2011, p. 933 ss.; O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, cit. Sulla legge di attuazione della riforma costituzionale, D. CABRAS, *La legge di attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio*, in Quad. cost., 1/2013, p. 124 ss. Sull'impatto della riforma sugli enti locali, con specifico riguardo al tema dell'autonomia finanziaria, A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali di fronte ai vincoli europei ed alla riforma costituzionale sul «pareggio di bilancio»*, in Le Regioni, 1-2/2014, p. 49 ss.; G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in V. LIPPOLIS – N. LUPO – G.M. SALERNO – G. SCACCIA (a cura di) *Il Filangieri – Quaderno 2011. Costituzione e pareggio di bilancio*, Napoli, 2012, p. 211 ss.

come interesse generale dell'intero ordinamento statale.

4. *La programmazione e la rendicontazione finanziaria quale oggetto dell'esercizio della funzione di salvaguardia*

A questo punto si può giungere alla parziale conclusione che, nella prospettiva costituzionalmente orientata che si è assunta, la funzione di salvaguardia di cui all'art. 153 del TUEL ha come oggetto la protezione di un interesse generale dell'ordinamento, che corrisponde all'equilibrio economico-finanziario dell'ente.

Ciò implica ragionevolmente che: (i) la funzione di salvaguardia in questione deve necessariamente declinarsi nel senso più ampio possibile, in modo tale da ricomprendere nella stessa ogni potere utile al responsabile del servizio finanziario a scongiurare il determinarsi di scelte amministrative che possano mettere a repentaglio il sopra richiamato interesse generale; (ii) la medesima funzione implica l'esercizio di poteri che non possono limitarsi a quelli che costituiscono l'immediata esplicazione dei compiti attribuiti al responsabile del servizio finanziario dalle disposizioni contenute nel TUEL.

Muovendo da tali considerazioni, e procedendo per successive approssimazioni logiche, può dunque in via di principio condividersi che, se oggetto della *salvaguardia* sono gli *equilibri finanziari e complessivi della gestione*, nonché i *vincoli della finanza pubblica*, il responsabile del servizio finanziario dell'ente locale sarà tenuto ad evitare che tali *equilibri* vengano meno e che tali *vincoli* siano violati, intervenendo in tutte quelle situazioni in cui si paventano concretamente tali rischi. Ebbene, se gli *equilibri* ed i *vincoli* di cui si va dicendo sono garantiti dal pareggio di bilancio e dunque, sostanzialmente, dalla protezione del rapporto di corrispondenza tra le risorse in entrata ed in uscita nella disponibilità dell'ente, si avrà che la funzione di salvaguardia si dovrà innanzitutto appuntare su quegli atti mediante i quali l'amministrazione fissa i termini di tale rapporto ed innanzitutto sugli atti di programmazione e rendicontazione economico-finanziaria dell'ente.

È peraltro vero che, come sopra ricordato, la disposizione contenuta nell'art. 153, comma quarto, del TUEL, fa riferimento agli equilibri della *gestione*. In tal senso potrebbe dunque sostenersi che l'azione di salvaguardia del responsabile del servizio finanziario abbia ad oggetto l'attività di amministrazione attiva svolta dai competenti organi dell'ente locale. Una tale conclusione potrebbe peraltro trovare sostegno nella previsione contenuta nell'art. 193 del TUEL, che affida all'organo consiliare il compito di attestare, mediante apposita delibera, il permanere degli equilibri generali di bilancio ovvero, in caso di accertamento negativo, il compito di adottare relative misure di protezione¹⁵.

¹⁵ L'art. 193 del TUEL "*Salvaguardia degli equilibri di bilancio*" prevede che **In vigore dal**

Non vi è peraltro dubbio che, in ragione dell'ampia portata che le deve essere riconosciuta, nell'ambito della funzione di salvaguardia di cui all'art. 153 TUEL debbano considerarsi ricompresi tutti quei poteri di amministrazione attiva e di controllo attribuiti dall'ordinamento finanziario delle autonomie locali al responsabile del competente servizio. In tal senso, potrà dunque considerarsi espressione di tale funzione l'esercizio di ogni attività di supporto ed impulso nel procedimento volto alla predisposizione ed all'approvazione degli atti della programmazione economico-finanziaria e della rendicontazione dell'ente. Così come nella funzione di salvaguardia potrà considerarsi ricompreso l'esercizio dei poteri di controllo interno assegnati al responsabile del servizio finanziario¹⁶.

12 settembre 2014: (i) gli enti locali rispettano durante la gestione e nelle variazioni di bilancio il pareggio finanziario e tutti gli equilibri stabiliti in bilancio per la copertura delle spese correnti e per il finanziamento degli investimenti, secondo le norme contabili recate dal testo unico, con particolare riferimento agli equilibri di competenza e di cassa di cui all'art. 162, comma 6; (ii) con periodicità stabilita dal regolamento di contabilità dell'ente locale, e comunque almeno una volta entro il 31 luglio di ciascun anno, l'organo consiliare provvede con delibera a dare atto del permanere degli equilibri generali di bilancio o, in caso di accertamento negativo, ad adottare, contestualmente: a) le misure necessarie a ripristinare il pareggio qualora i dati della gestione finanziaria facciano prevedere un disavanzo, di gestione o di amministrazione, per squilibrio della gestione di competenza, di cassa ovvero della gestione dei residui; b) i provvedimenti per il ripiano degli eventuali debiti di cui all'art. 194; c) le iniziative necessarie ad adeguare il fondo crediti di dubbia esigibilità accantonato nel risultato di amministrazione in caso di gravi squilibri riguardanti la gestione dei residui.

¹⁶ Il sistema dei controlli interni negli enti locali è stato recentemente riformato con il DL 174/2012, ossia con lo stesso provvedimento normativo che ha introdotto nell'art. 153 del TUEL la previsione della funzione di salvaguardia di cui si va dicendo. In particolare, l'art. 147 del TUEL, come riformato appunto dal DL 174/2012, prevede oggi, al comma primo, che gli enti locali, *“nell'ambito della loro autonomia normativa e organizzativa, individuano strumenti e metodologie per garantire, attraverso il controllo di regolarità amministrativa e contabile, la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa”*. Al comma secondo del medesimo articolo è quindi previsto che il sistema di controllo interno è diretto a: *“a) verificare, attraverso il controllo di gestione, l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi correttivi, il rapporto tra obiettivi e azioni realizzate, nonché tra risorse impiegate e risultati; b) valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, dei programmi e degli altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra i risultati conseguiti e gli obiettivi predefiniti; c) garantire il costante controllo degli equilibri finanziari della gestione di competenza, della gestione dei residui e della gestione di cassa, anche ai fini della realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica determinati dal patto di stabilità interno, mediante l'attività di coordinamento e di vigilanza da parte del responsabile del servizio finanziario, nonché l'attività di controllo da parte dei responsabili dei servizi; d) verificare, attraverso l'affidamento e il controllo dello stato di attuazione di indirizzi e obiettivi gestionali, anche in riferimento all'articolo 170, comma 6, la redazione del bilancio consolidato nel rispetto di quanto previsto dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni, l'efficacia, l'efficienza e l'economicità degli organismi gestionali esterni dell'ente; e) garantire il controllo della qualità dei servizi erogati, sia direttamente, sia mediante organismi gestionali esterni, con l'impiego di metodologie dirette a misurare la soddisfazione degli utenti esterni e interni dell'ente”*.

Ed infatti, nell'esercizio di tutti i suddetti poteri, il funzionario in questione certamente partecipa, nei limiti delle proprie competenze, alla formazione delle decisioni dell'amministrazione da cui dipende l'equilibrio economico-finanziario dell'ente.

Vi sono però almeno quattro ragioni per sostenere che il riferimento operato dalla richiamata norma alla *gestione* possa essere inteso in senso ampio, in modo da ricomprendervi l'intera attività dell'ente, ivi compresi quindi gli atti di programmazione: (i) innanzitutto appare evidente che, se si vuole attribuire un senso alla novità introdotta dal DL 174/2012, nella definizione del contenuto della funzione di salvaguardia si debba guardare oltre la possibilità di intervento sugli atti gestionali dell'ente, ossia oltre i compiti tradizionalmente affidati al responsabile del servizio finanziario; (ii) in secondo luogo va ribadito che è attraverso gli atti di programmazione (ed i successivi di rendicontazione) che viene fissato il rapporto tra risorse in entrata ed in uscita dell'ente e che dunque vengono definiti i parametri perché si abbia nello stesso una condizione di stabilità finanziaria ed economica; (iii) in terzo luogo, appare altresì rilevante il fatto che l'attività di gestione trova comunque fondamento e riscontro nei documenti di programmazione dell'ente; (iv) infine, vi è una ragione di sistema che spinge ad insistere per il riconoscimento in capo al responsabile del servizio finanziario di poteri di intervento nella "cabina di regia" dell'ente locale: questa è data dall'assegnazione a tale funzionario del ruolo di custode (seppure *in parte quā*) dell'interesse all'equilibrio generale della finanza pubblica, che oggi, come detto, assurge a valore protetto dalla Costituzione.

5. *L'esercizio di poteri inibitori sull'attività di programmazione e rendicontazione dell'ente locale quale declinazione della funzione di salvaguardia*

Si tratta dunque, a questo punto, di indagare sulla natura e sul contenuto dei poteri che la funzione di salvaguardia consente di esplicitare sugli atti di programmazione (e di rendicontazione) finanziaria ed economica dell'ente locale.

È dunque necessario un ulteriore sforzo di indagine che, a parere di chi scrive, non può che muovere dalla constatazione che mediante il concetto di salvaguardia si esprime generalmente un'esigenza di protezione e di difesa di un bene rispetto ad eventi che possano essere per lo stesso pregiudizievoli. E

L'art. 147-*quinquies*, sempre introdotto dal DL 174/2012, è espressamente dedicato al controllo sugli equilibri finanziari dell'ente e prevede che tale controllo sia disciplinato nel regolamento di contabilità dell'ente e sia svolto nel rispetto delle disposizioni dell'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali, delle norme che regolano il concorso degli enti locali alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, nonché delle norme di attuazione dell'art. 81 Cost.

quando il bene in questione sia integrato da un interesse dell'ordinamento, tale protezione non potrà dunque che esplicarsi attraverso il ricorso a poteri utili innanzitutto ad inibire la produzione di atti e comportamenti che di tale interesse non consentano la piena realizzazione.

L'applicazione di quanto osservato al caso di specie porterebbe quindi ad una declinazione della funzione di salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario dell'ente locale attraverso l'esercizio di poteri volti, per un verso, ad impedire il verificarsi di situazioni di disequilibrio ovvero, per altro verso, a rimediare all'avverarsi di tali situazioni.

Nel primo caso si avrebbe il riconoscimento in capo al responsabile del servizio finanziario di poteri di amministrazione attiva, nel secondo caso, del potere di adire gli organi giurisdizionali.

In entrambe le ipotesi, peraltro, si tratterebbe di poteri inibitori, mediante i quali il responsabile del servizio finanziario sarebbe in grado di intervenire sulla produzione degli effetti giuridici degli atti di programmazione e rendicontazione dell'ente che non siano coerenti con il principio generale di equilibrio e che, di conseguenza, determinino un pregiudizio per il corrispondente interesse generale tutelato dall'ordinamento.

6. *Le problematiche sul tappeto*

Entrambe le opzioni proposte presentano diversi profili problematici.

Nella specie, quando si guardi all'ipotesi di poteri di amministrazione attiva, si tratterebbe di riconoscere in capo ad un organo appartenente alla componente amministrativa dell'ente il potere di intervenire sull'attività e sugli atti adottati dagli organi politici dell'amministrazione, impedendone l'adozione ovvero eventualmente imponendo le correzioni utili alla realizzazione dell'interesse all'equilibrio gestionale dell'amministrazione.

Tale strada però è difficilmente percorribile. Innanzitutto vi sarebbe un problema di sovrapposizione tra i poteri di vigilanza e controllo tradizionalmente attribuiti al responsabile del servizio finanziario di un ente locale e quelli, di cui si va dicendo, che costituirebbero espressione della funzione di salvaguardia. A spingersi troppo in avanti con la portata inibitoria di tali (nuovi) poteri si aggiungerebbe poi il concreto rischio di violazione del principio generale di separazione tra politica ed amministrazione, ossia di un principio oramai consolidato nel nostro ordinamento di diritto amministrativo. Certo, si potrebbe affermare che l'attribuzione in capo al responsabile del servizio finanziario della funzione di salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario dell'ente definisca un nuovo modello organizzativo e relazionale tra parte politica ed amministrativa dell'amministrazione, in cui il ruolo del funzionario pubblico risulterebbe assolu-

tamente valorizzato¹⁷. Ma anche tale prospettiva appare complicata da realizzare, necessitando, a parere di chi scrive, di un fondamento normativo espresso e non, come nel caso di specie, ricavato (seppure con deduzioni logiche sostenibili) da disposizioni di sistema.

La situazione sembrerebbe (apparentemente) non migliorare neppure quando si guardi alla seconda delle ipotesi formulate e si prospetti dunque la possibilità per il responsabile del servizio finanziario di impugnare gli atti di programmazione adottati dagli organi di indirizzo politico amministrativo dell'ente¹⁸.

In tale ipotesi, infatti, si pone evidentemente un problema di fondo, determinato dal fatto che, secondo la consolidata giurisprudenza, il giudizio amministrativo è di regola volto a risolvere controversie intersoggettive e non, per contro, controversie tra organi e componenti degli organi di un ente, a meno che l'azione avanzata da questi ultimi non risulti propriamente diretta a denunciare una lesione della propria sfera giuridica soggettiva¹⁹. A tale questione è strettamente connessa quella del riconoscimento, nel caso di specie, della legittimazione, nonché dell'interesse ad agire del responsabile del servizio finanziario dell'ente, ossia di quelle condizioni dell'azione, le quali postulano la titolarità in capo al ricorrente di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, ossia un interesse legittimo o un diritto soggettivo.

7. Prolegomeni per un cambio di prospettiva: la dimensione oggettiva dell'ufficio

Tale ultima prospettiva potrebbe peraltro risultare sostenibile ad una peculiare condizione: ossia che in capo al funzionario responsabile del servizio finan-

¹⁷ Con ciò, senza giungere ad affermare alcuna ipotesi di coamministrazione, si potrebbe ritenere che, attraverso la previsione contenuta nell'art. 153 TUEL, l'ordinamento abbia riconosciuto un espresso limite tecnico all'esercizio delle competenze assegnate agli organi di indirizzo politico amministrativo dell'ente, il cui responsabile e garante è individuato nel responsabile del servizio finanziario.

¹⁸ Sul tema, S. AMOROSINO, *Note in tema di impugnabilità degli atti di indirizzo e programmazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2009, p. 650 ss. In via generale, sul tema della programmazione si rinvia, per tutti, a M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001.

¹⁹ La richiamata posizione della giurisprudenza riguarda peraltro controversie tra componenti dell'organo e l'organo medesimo, quindi fattispecie differenti rispetto a quella su cui si sta indagando nel presente lavoro. È il caso in cui, ad esempio, il consigliere comunale agisca al precipuo fine di lamentare la violazione del suo *ius ad officium* e, quindi, per la specifica salvaguardia di esso (di recente TAR Lazio Roma, Sez. II bis, 23 febbraio 2018, n. 2094, che richiama, tra le altre, Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2014, n. 3446; Sez. V, 29 aprile 2010, n. 2457; TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, 18 gennaio 2011, n. 403). Resta in ogni caso fissata la regola giurisprudenziale del giudizio amministrativo dedicato in via di principio a controversie intersoggettive.

ziario si possa riconoscere una soggettività autonoma e distinta rispetto a quella propria dell'ente locale e soprattutto rispetto a quella degli organi di indirizzo politico dell'amministrazione i cui atti sono oggetto di impugnazione. Ed infatti solo a fronte del verificarsi di tale condizione sarà possibile giustificare in capo al responsabile del servizio finanziario un potere di contrapposizione ad attività ed atti ascrivibili all'amministrazione a cui egli stesso appartiene. Tale contrapposizione rileverà in tale ipotesi nell'ambito di un rapporto tra soggetti distinti, ciascuno dei quali mantiene quindi una propria autonoma soggettività, che non si confonde e non si risolve in quella dell'altro.

Non siamo dinanzi ad un'operazione semplice. Si tratta infatti di "estrarre" il responsabile del servizio finanziario dalla sua collocazione fisiologica, ossia dall'organizzazione amministrativa in cui opera. Il che, appunto, non è facile, posto che la qualificazione di funzionario pubblico in capo ad una persona fisica è data dal rapporto di servizio che instaura con l'amministrazione presso la quale svolge la propria attività lavorativa e dunque, in ultimo, dalla funzione che esercita nell'ambito di tale amministrazione.

Né gioverebbe osservare che il funzionario pubblico potrebbe essere comunque incaricato dello svolgimento di funzioni ulteriori rispetto a quelle assegnate dall'amministrazione con cui si è legato attraverso la costituzione del rapporto di servizio. D'altra parte, è quello che si è riconosciuto come sostanzialmente avvenuto nel caso del responsabile del servizio finanziario dell'ente locale. Ciò però non è sufficiente ad affermare la sussistenza di un'autonoma ed indipendente soggettività giuridica di tale funzionario rispetto all'amministrazione di appartenenza.

È dunque evidentemente necessario un cambio di prospettiva, che non potrà che aversi facendo un passo indietro e ripartendo dai concetti fondamentali dell'organizzazione amministrativa attraverso i quali si è data la declinazione della soggettività giuridica pubblica. Posto allora che si va sondando la possibilità che un organo dell'amministrazione si contrapponga – mediante la proposizione di un'azione giurisdizionale – ad altro organo della medesima amministrazione, da tale concetto di organo deve muovere il prosieguo della riflessione.

La teoria dell'organo e dell'immedesimazione organica nasce, come noto, a fronte di un'esigenza ben precisa, ossia quella di spiegare la capacità di agire dei soggetti pubblici, superando quindi la più risalente costruzione che, a tal fine, utilizzava i concetti di rappresentanza e mandato. Sulle basi di tale teorica l'individuo agente diviene dunque parte dell'amministrazione, organo della stessa, ove si immedesima e si identifica. Tale ricostruzione del rapporto tra funzionario agente ed amministrazione ha mostrato peraltro tutta una serie di contraddizioni, sostanzialmente dovute alla connessione troppo diretta, e dunque priva di mediazioni, tra funzionario ed ente.

È nella scia di tali difficoltà che dunque interviene la nozione di ufficio,

attraverso la quale si fissano i presupposti perché l'organo venga considerato nella dimensione oggettiva dell'organizzazione amministrativa. In questa prospettiva l'organo è esso stesso in primo luogo un ufficio in senso oggettivo. Ciò consente “di identificare l'organo con la sua sfera di azione e di rendere, quindi, funzionale l'organo all'agire organizzato”²⁰. Tale funzionalità può risolversi nella conversione dell'azione e degli atti dell'organo in azione ed atti dell'ente – secondo i dettami della teoria dell'imputazione – ma può anche essere utilizzata per costituire un'autonomia, ancorché limitata, soggettività giuridica dell'organo. Ciò potrà avvenire nell'ipotesi in cui l'azione svolta dall'organo venga dalla norma funzionalizzata alla cura di un interesse pubblico ulteriore rispetto agli interessi dell'ente, che con questi ultimi dialoga e/o configge, ma la cui tutela è indubabilmente riservata all'organo medesimo, che dunque diviene esso stesso centro di imputazione di fattispecie giuridiche. Ebbene, ciò è quanto è accaduto con l'introduzione della norma che si sta esaminando, nella quale, come ho già detto, la funzione di salvaguardia presidia l'interesse pubblico generale all'equilibrio della finanza pubblica.

La soggettività dell'organo è dunque l'unico strumento che permette che la salvaguardia di cui parla la legge non si esaurisca nell'ottica tradizionale per cui l'ufficio del responsabile del servizio finanziario è organo che insieme agli altri persegue gli interessi pubblici attribuiti all'ente, ma consente invece che l'(ulteriore) interesse pubblico a tale ufficio attribuito in cura reagisca sugli altri interessi con effetti giuridicamente autonomi.

In tale prospettiva, l'organo, attraverso l'ufficio, è infatti in grado di sganciarsi dalla soggettività della persona giuridica pubblica, acquisendo una propria autonomia soggettiva in ragione della funzione qualificante attribuita dalla norma. Il che non significa riconoscere l'immedesimazione dell'ufficio nell'organo, condizione questa che impedisce invero di spiegare l'ufficio come persona agente²¹. Ciò significa invece intendere l'ufficio come organizzazione – e precisamente come “*modulo strutturale necessario per collegare il comportamento umano, in quanto tale, ad una funzione, cioè ad un'attività caratterizzata da una specifica deputatio ad finem*”²². In tal senso, l'ufficio è “*base e piedistallo della funzione*” ed ogni ufficio in quanto “*sede di funzione, è di per sé un ufficio giuridicamente rilevante*”²³.

Tale prospettiva, debitrice all'insegnamento magistrale di Massimo Severo Giannini ed alla distinzione operata dall'illustre Maestro tra l'ufficio (in senso

²⁰ G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1990, ora in Id., *La democrazia come problema, I. Diritto, amministrazione ed economia*, Tomo 2, Bologna, 1994, p. 366.

²¹ G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, cit., p. 375.

²² G. MARONGIU, *Ibidem*, p. 378. Secondo l'A. l'ufficio “*riproduce in sé i caratteri propri dell'organizzazione e specialmente quell'essenziale connessione tra comportamento umano e scopo, ambedue normativamente qualificati e diventati, così, il primo funzione da svolgere ed il secondo interesse da perseguire*”.

²³ G. MARONGIU, *Ibidem*, pp. 378-379.

giuridico) e l'organo (unico strumento di imputazione)²⁴ sgancia definitivamente l'ufficio dalla stretta identificazione con l'organo – e dunque con la persona fisica che agisce per l'amministrazione – in cui la dottrina tradizionale lo aveva costretto²⁵. Veniva così scongiurato il rischio che la nozione di ufficio, affrancata da quella di organo²⁶, rischiasse però di perdere ogni contatto con l'esercizio della funzione, finendo per costituire solo la ragione utile a spiegarne la distribuzione nell'organizzazione dell'ente²⁷. Il venir meno dell'identificazione tra il concetto di ufficio e quello di organo, se per un verso consente di attribuire dignità autonoma al primo, consente infatti di attribuire alle azioni individuali dei soggetti che agiscono per l'amministrazione lo “*statuto di azioni che, oltre ad essere ascrivibili all'ordinamento in quanto tale, sono anche assumibili in un disegno oggettivo volto alla realizzazione dello scopo collettivo*”²⁸. Ciò è avvenuto con la valorizzazione, da parte della migliore dottrina, del concetto di funzione, che consente di “*risolvere il dualismo sempre presente tra considerazione soggettiva e oggettiva dei fenomeni organizzativi*”: ed infatti in tali fenomeni il soggetto che agisce rileva come prestatore di una determinata attività, che a sua volta, nell'abito dei medesimi fenomeni organizzativi, è qualificata mediante la nozione tecnica di *ruolo*. Ebbene, proprio attraverso il *ruolo*, le posizioni personali si obiettivizzano nell'amministrazione, “*la quale in tal modo diventa più un sistema di ruoli che un sistema di persone*”²⁹.

²⁴ M.S. GIANNINI, voce *Organi*, in Enc. Dir., vol. XXXI, Milano, 1981, p. 37 ss. L'Illustre Maestro, nel cogliere la profonda differenza tra la figura dell'ufficio e quella dell'organo, afferma che “*il concetto di ufficio è neutro rispetto all'ordine delle imputazioni, nel senso che serve solo a spiegare la distribuzione delle funzioni nell'organizzazione dell'ente*”.

²⁵ Il tema della dimensione soggettiva o oggettiva dell'ufficio è tema risalente, su cui si è cimentata la migliore dottrina amministrativistica. La nozione di ufficio ha avuto peraltro un percorso travagliato. Come osserva G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, cit., p. 374, “*su questa nozione, peraltro, si sono addensati molti equivoci e molta confusione*”. L'ufficio è infatti originariamente raffigurato come una sfera (astratta) di competenze (così Jellinek ed in Italia V.E. Orlando), corrispondente dunque ai compiti ed alle attività esercitate dall'organo. In tale dimensione l'ufficio si confondeva dunque con l'organo, che sottraeva “*alla pretesa labilità di una sua identificazione con la persona fisica del funzionario*”: G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, cit., p. 374. Tale raffigurazione è stata messa progressivamente in discussione, sulla base del fatto che, come è stato autorevolmente affermato, manca di “*qualsiasi riferimento al problema propriamente organizzativo della distribuzione razionale dei compiti tra una pluralità di centri di lavoro*”, donde “*non è idonea a definire l'ufficio, inteso come nozione strettamente organizzativa*” (F.G. SCOCA, *La nozione di ufficio*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, p. 559).

²⁶ “*...liberata da quei contenuti tradizionali che l'hanno invischiata nella teoria dell'organo, ponendola al servizio di esso*”: G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, cit., p. 377.

²⁷ M.S. GIANNINI, voce *Organi*, cit., p. 45, come evidenziato in nota precedente.

²⁸ G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, cit., p. 376.

²⁹ G. MARONGIU, *Ibidem*, p. 376, che parla “*della ricostruzione dello statuto giuridico dell'agire funzionale, orientato cioè weberianamente, alla realizzazione dell'ordinamento legittimo di un gruppo sociale*”, che è “*un agire di uomini, di persone fisiche, le quali tuttavia non possono essere assunte nell'interesse della loro personalità, ma in una specifica «prestazione», quella prestazione, appunto, che si inserisce nella trama delle prestazioni orientate alla realizzazione dell'ordinamento*”.

Quella appena richiamata è dunque una prospettiva che colloca l'ufficio in una dimensione sicuramente oggettiva – in quanto scollegata dall'organo e dalla persona fisica che vi agisce – ma che allo stesso tempo, attraverso la funzione, recupera l'agire amministrativo in quanto comportamento umano che, stavolta nella dimensione oggettiva del *ruolo*, è volto al perseguimento del pubblico interesse. Inteso in tal senso, l'ufficio mantiene dunque intatta una propria soggettività autonoma rispetto al contesto organizzativo (ovvero, meglio, al disegno organizzativo) nel quale comunque si inserisce, senza peraltro perdere contatto con l'agire amministrativo, ma configurandosi anzi quale necessario presupposto affinché tale agire, in quanto deputato ad uno scopo, possa configurarsi in termini di funzione.

Dalla descritta prospettiva possono trarsi le seguenti considerazioni:

Nel modello amministrativo burocratico, l'ufficio si configura come soggettività autonoma e distinta nel combinato disposto dalla propria natura di unità organizzativa di base e dalla inscindibile dimensione funzionale che gli è consustanziale.

In ragione poi del ruolo che riveste, il titolare dell'ufficio è anche il titolare della funzione, che esercita in autonomia non in ragione del rapporto di servizio che lo lega all'amministrazione, ma in ragione appunto del rapporto d'ufficio.

L'ufficio può essere *ex se* destinatario della cura di un interesse pubblico, che è dunque interesse dell'ufficio che lo ha in cura.

Tale interesse può entrare in conflitto con altri interessi dell'ente ed in special modo con quegli interessi che si concretizzano attraverso le scelte di indirizzo politico compiute dall'amministrazione. Esiste dunque una possibilità di contrapposizione, e dunque di conflitto, tra uffici(organi) diversi della medesima amministrazione, anche appartenenti a diverse componenti (politica e quella strettamente amministrativa) dell'ente.

8. *L'applicazione della diversa prospettiva fondata sulla funzione di salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario dell'ente locale*

Collocandoci nella dimensione organizzativa (ed oggettiva) dell'ufficio è possibile riconsiderare in un'ottica diversa la fattispecie che si esamina nel presente lavoro.

In tale prospettiva è infatti possibile affermare che la funzione di salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario è attribuita all'ufficio del responsabile del servizio finanziario in quanto soggettività autonoma e distinta dalle restanti unità organizzative dell'amministrazione. Tale funzione è esercitata in autonomia dal titolare dell'ufficio, come peraltro confermato dalla stessa previsione normativa contenuta nell'art. 153, comma quarto, del TUEL³⁰.

³⁰ L'art. 153, comma 4, del TUEL prevede infatti che, "...*Nell'esercizio di tali funzioni il responsabile del servizio finanziario agisce in autonomia nei limiti di quanto disposto dai principi finanziari e contabili, dalle norme ordinamentali e dai vincoli di finanza pubblica*".

Tanto mostrato, è possibile dunque avanzare di un altro passo nell'indagine in merito alla possibilità che il conflitto che eventualmente si crei tra l'ufficio (organo) del responsabile del servizio finanziario – che ha in cura l'interesse generale all'equilibrio economico-finanziario dell'ente – e gli uffici (organi) di indirizzo politico amministrativo dell'amministrazione medesima possa approdare ad una sede giurisdizionale. Per quanto detto, nella dimensione oggettiva dell'ufficio, tale conflitto rileva infatti in una dimensione intersoggettiva, per la quale la giurisprudenza ammette il sindacato giurisdizionale.

Si tratta dunque a questo punto di compiere l'ultima fondamentale verifica, relativa alla sussistenza in capo al responsabile del servizio finanziario di una legittimazione ad agire in giudizio avverso gli atti adottati dal proprio ente. Tale verifica passa peraltro inevitabilmente attraverso il superamento di ulteriori ostacoli teorici e dogmatici che toccano taluni dei principali snodi del processo amministrativo.

9. La “doppia” legittimazione ad agire, “oggettiva” e “soggettiva”, del responsabile del servizio finanziario dell'ente locale

Giova dunque prendere le mosse dalla nozione di legittimazione ad agire e dai presupposti a fronte dei quali il nostro ordinamento di giustizia amministrativa riconosce il verificarsi di tale condizione dell'azione giurisdizionale. Secondo il tradizionale convincimento della dottrina, la legittimazione ad agire “*individua il soggetto cui spetta il diritto di azione ed il soggetto nei cui confronti va esercitata l'azione*”³¹. Allo stesso modo, è generalmente condiviso che la legittimazione ad agire “*pur riguardando un profilo processuale, è ancorata alla situazione giuridica soggettiva sostanziale che si fa valere ed a chi ha inferto la lesione, perché dal rapporto sostanziale tra chi assume di aver subito la lesione della situazione giuridica sostanziale e chi ha provocato tale lesione si individua colui che ha il diritto di azione e colui nei cui confronti va esercitato*”³².

Tale ricostruzione ha consentito di affermare, dunque, che “*il soggetto legittimato ad agire coincide normalmente con il titolare della situazione giuridica sostanziale*”³³. La giurisprudenza si attesta sulla medesima posizione, considerando generalmente la legittimazione ad agire quale titolarità di una posizione giuridica differenziata e qualificata del ricorrente³⁴.

Stante tale quadro ricostruttivo brevemente richiamato, la legittimazione

³¹ E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, p. 297.

³² E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, cit., pp. 297-298.

³³ E. FOLLIERI, *Ibidem*, p. 298.

³⁴ *Ex multis*, di recente, Cons. St., Sez. VI, 2 maggio 2017, n. 2004; Sez. IV, 01 marzo 2017, n. 934.

del responsabile del servizio finanziario ad agire nei confronti degli atti adottati dal proprio ente potrà dirsi sussistente quando si dimostri innanzitutto che il funzionario in questione sia titolare della situazione giuridica che assume lesa e dunque, ancora prima, che l'interesse al corretto equilibrio finanziario e contabile dell'amministrazione possa qualificarsi in termini di situazione giuridica.

Ebbene, tale ultima circostanza non pare possa essere messa in dubbio: si è infatti dimostrato come l'interesse in questione riceva protezione dall'ordinamento ed anzi per quest'ultimo sia oggi particolarmente rilevante: sul punto è sufficiente rimandare alle considerazioni in precedenza svolte sulla portata costituzionale assunta dal contributo fornito dalle singole amministrazioni, centrali e locali, al mantenimento degli equilibri generali della finanza pubblica.

Più complicata è la questione della titolarità di tale situazione giuridica: l'interesse di cui si va dicendo potrebbe infatti ragionevolmente considerarsi come appartenente all'ente in quanto tale e non al funzionario che in tale ente operi; ovvero potrebbe affermarsi l'appartenenza del medesimo interesse ad entrambe le figure, l'ente ed il funzionario, con una duplice conseguenza: per un verso, l'impossibilità logica, prima che giuridica, di individuare in capo a quest'ultimo un interesse distinto, autonomo ed indipendente rispetto a quello dell'amministrazione di appartenenza; per altro verso, la carenza del presupposto della contendibilità tra le parti dell'interesse in questione.

Anche la soluzione di tale questione passa peraltro per quanto finora osservato in merito al fatto che l'interesse all'equilibrio economico-finanziario oltrepassa la dimensione autonomistica dell'ente locale, divenendo parte dell'interesse generale all'equilibrio della finanza pubblica e dunque, in una dimensione di sistema, di un interesse dell'intero ordinamento (economico e finanziario) statale. Inteso in tale prospettiva, l'interesse in questione è dunque interesse distinto ed ulteriore rispetto a quello particolare dell'ente locale, con cui potrebbe addirittura eventualmente entrare in conflitto.

Se ciò è vero, si ha dunque che nell'esercizio della funzione di salvaguardia, il responsabile del servizio finanziario non agisce nella qualità di funzionario dell'ente locale, ma di titolare di un ufficio esponenziale di un interesse sovraordinato dell'ordinamento.

Il riconoscimento in capo all'ufficio del responsabile del servizio finanziario dell'ente di una soggettività autonoma e distinta rispetto a quella dell'ente attrae al medesimo ufficio la titolarità della situazione giuridica collegata al bene della vita che gli è affidato in cura, ossia l'equilibrio finanziario ed economico dell'amministrazione. Ed in ragione di ciò può dirsi integrata la condizione necessaria per riconoscere in capo al medesimo ufficio la legittimazione ad agire avverso gli atti di programmazione dell'ente che pregiudichino il suddetto equilibrio.

Si tratta dunque di un'investitura operata dal legislatore che attribuisce al responsabile del servizio finanziario la titolarità dei poteri di salvaguardia dell'in-

teresse attribuito, e dunque, nella dimensione di tutela processuale, la legittimazione ad agire per la protezione del medesimo interesse.

La possibilità di una declinazione giurisdizionale dei poteri di controllo e protezione di interessi generali attribuiti a soggetti pubblici non è peraltro sconosciuta al nostro ordinamento di diritto amministrativo. Tale fenomeno si è di recente intensificato, in ragione di una pluralità di concause, prima tra tutte, l'esigenza di rafforzare il controllo sulle modalità di perseguimento di interessi ritenuti fondamentali per la tenuta del sistema. Si pensi in tal senso ai poteri di impugnazione attribuiti a talune autorità indipendenti avverso gli atti di altre amministrazioni pubbliche³⁵ ovvero al potere di impugnazione in sede di giurisdizione amministrativa degli statuti e dei regolamenti delle Università attribuito al Ministro dell'Università e della ricerca³⁶.

A fronte di tali ipotesi – in cui l'azione non è promossa a tutela di interessi riferibili immediatamente (o comunque esclusivamente) al soggetto che ne fa valere il pregiudizio – in dottrina si è escluso il ricorrere di ipotesi di “giurisdizione di diritto oggettivo” e si è invece parlato, con argomentazioni assai efficaci, di legittimazione ad agire a carattere “oggettivo”, nell'ambito della quale rientrebbero, oltre alle fattispecie di legittimazione ad agire *ex lege* sopra richiamate³⁷, quelle ipotesi “*in cui la giurisprudenza ha riconosciuto a enti pubblici o ad associazioni private di agire in giudizio a tutela di interessi generali*”, ossia le ipotesi in cui la legittimazione è dovuta alla “*posizione istituzionale*” ricoperta dal soggetto che agisce³⁸.

³⁵ In tal senso: (i) l'art. 211 del D.Lgs. 50/2016, al comma 1-bis aggiunto dall'art. 52-ter, comma 1, del D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 giugno 2017, n. 96 prevede la legittimazione dell'ANAC ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture; (ii) l'art. 21-bis L. 10 ottobre 1990, n. 287 attribuisce all'AGCM il potere di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato; (iii) l'art. 36, comma 1, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, prevede che l'Autorità di regolazione dei trasporti possa impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti regionali e comunali in materia di disciplina dei taxi; (iv) l'art. 14 del D.Lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) prevede il potere di Banca d'Italia e Consob di impugnazione delle deliberazioni o dei diversi atti adottati dai titolari di partecipazioni in una Sim, società di gestione del risparmio, Sicav o Sicaf che non possiedono i requisiti di onorabilità.

³⁶ Art. 6, comma 10, della L. 9 maggio 1989, n. 168.

³⁷ Sui profili generali della legittimazione ad agire *ex lege*, P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 1999, 1, p. 40 ss.

³⁸ Così V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2, 2014, p. 341 ss., il quale osserva che: “I diversi casi di legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo, possono essere raggruppati in tre categorie: a) casi di legittimazione *ex lege* in capo a soggetti pubblici o collettivi ad agire a tutela dell'interesse (degli

In tali casi, secondo la dottrina richiamata, si pone comunque in capo al giudice un problema di accertamento della legittimazione ad agire ai fini dell'ammissibilità dell'azione, che però è un accertamento differente rispetto a quello svolto nei casi di legittimazione "soggettiva", che riguarda *"il carattere di situazione protetta, vantata dal ricorrente, di cui lamenta la lesione, nonché, in concreto, la diretta e attuale imputazione allo stesso dell'interesse, e l'idoneità del provvedimento richiesto al giudice a ripararne la lesione"*, configurandosi, in sintesi, come un accertamento *"che investe la sfera personale del soggetto"*.

Diversamente, nelle ipotesi di legittimazione "oggettiva", l'accertamento compiuto dal giudice sulle condizioni dell'azione *"è dislocato, invece, sulla pertinenza dell'interesse tutelato al soggetto agente che ne lamenta la lesione davanti al giudice, piuttosto che al carattere dell'interesse, come situazione soggettiva protetta imputabile al soggetto agente"*, posto che in tali casi *"la rilevanza dell'interesse alla stregua dell'ordinamento, e quindi l'ammissibilità in ordine ad esso, della tutela giurisdizionale, è riconosciuta ex ante e non necessita di accertamento da parte del giudice"*³⁹.

Ebbene, le condivisibili argomentazioni svolte dalla richiamata dottrina sostengono evidentemente la possibilità di riconoscere in capo al responsabile del servizio finanziario dell'ente locale una legittimazione attiva ad impugnare gli atti della propria amministrazione. La fattispecie di cui ci si sta occupando rientrerebbe in particolare tra quelle ipotesi in cui la legittimazione ad agire non è direttamente riconosciuta dalla legge, ma dalla stessa si ricava (in ragione di quanto detto in merito ai poteri in cui si esplica la funzione di salvaguardia di cui all'art. 153 TUEL). Nella tipizzazione a cui si è fatto riferimento si tratterebbe infatti di una legittimazione *"derivante dalla posizione istituzionale del soggetto"*⁴⁰, a

interessi) generali (pubblici, collettivi) di cui essi sono portatori (la tutela della concorrenza e del mercato, la tutela dell'ambiente e dei beni culturali, etc.); b) casi di azione popolare ex lege; c) casi di legittimazione ad agire di enti esponenziali di collettività a tutela degli interessi della collettività stessa (che nel caso degli enti territoriali hanno contenuto generale, cioè possono essere tutti quelli che in un determinato momento storico sociale investono la collettività)".

³⁹ Così V. CERULLI IRELLI, *Ibidem*, a parere del quale *"La diversità dell'accertamento preliminare richiesto al giudice in questi casi di legittimazione "oggettiva", rispetto ai casi di legittimazione "soggettiva", ai fini dell'ammissibilità dell'azione, deriva perciò da ragioni di carattere sostanziale, non processuale (ché il processo, invero, nella sua struttura, resta il medesimo)"*.

⁴⁰ D'altra parte, come ricordato da V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., *"l'esercizio dell'azione (ricorso per annullamento) davanti al giudice amministrativo, di enti rappresentativi di collettività territoriali (comuni, province) avverso atti dello Stato, o di altri enti pubblici, a tutela di interessi generali delle collettività stesse, è diffuso e risalente e trova pieno riscontro in giurisprudenza"*. Secondo l'A., quindi, *"è secondario il fatto che la legge abbia previsto espressamente o meno la legittimazione ad agire (come nei primi due ordini di casi e non nel terzo) perché in ogni caso la pertinenza al soggetto dell'interesse generale (e della relativa funzione di cura) lo legittima ad agire a tutela dello stesso (come lo legittima a*

fronte della quale l'accertamento compiuto dal giudice sulla pertinenza dell'interesse tutelato al soggetto agente presenterebbe peraltro margini di opinabilità, sia in ordine al profilo soggettivo, che attiene alla sfera di competenza del medesimo soggetto agente, sia in ordine a quello oggettivo, che attiene alla lesività dell'interesse del provvedimento che si impugna⁴¹.

Ebbene, nel caso di specie deve ritenersi che tale margine di opinabilità possa assolutamente ridursi: con riguardo infatti alla sfera di competenza del responsabile del servizio finanziario, ritengo che possa escludersi ogni questione in ordine al fatto che tale funzionario pubblico abbia in cura l'interesse all'equilibrio economico-finanziario dell'ente; lo stesso vale con riferimento al profilo oggettivo in cui potrebbe rilevare un'opinabilità circa la pertinenza dell'interesse, posto quanto si è osservato circa la stretta contiguità tra il suddetto interesse e quello generale all'equilibrio della finanza pubblica.

Tanto detto, a ben vedere la legittimazione a ricorrere che si va riconoscendo in capo al responsabile del servizio finanziario degli enti locali presenta almeno due significative peculiarità rispetto alle ipotesi generali sopra richiamate.

In primo luogo, infatti, la legittimazione a ricorrere "oggettiva" a cui la richiamata dottrina fa riferimento, è generalmente attribuita ad autorità pubbliche distinte rispetto a quelle avverso i cui atti si ricorre. Si tratta dunque di rapporti intersoggettivi, che coinvolgono amministrazioni differenti. Nella fattispecie di cui all'art. 153 del TUEL si ha invece che la protezione dell'interesse generale all'equilibrio economico-finanziario dell'ente è affidata ad un organo (tecnico) appartenente alla medesima amministrazione che ha in cura l'interesse. Detto in altri termini, la salvaguardia dell'interesse protetto non passa attraverso una relazione organizzativa di tipo intersoggettivo, ma interorganico.

Ma è soprattutto la seconda delle richiamate peculiarità ad incidere sul regime della fattispecie di cui si va dicendo.

Al fine di dimostrare la possibilità di riconoscere in capo al responsabile del servizio finanziario dell'ente locale una soggettività autonoma e distinta dalle restanti unità organizzative dell'amministrazione si è utilizzata la figura dell'ufficio, che, nella prospettiva assunta, è il soggetto attributario della funzione di salvaguardia. Ciò ha portato a riconoscere una legittimazione "oggettiva" ad agire del titolare di tale ufficio.

Allo stesso tempo non può però non riconoscersi come, mediante l'impugnazione degli atti che pregiudicano l'equilibrio economico-finanziario dell'amministrazione, il responsabile del servizio finanziario tuteli, oltre l'interesse generale dell'ufficio, anche la propria posizione di funzionario pubblico che, in adempimento al dovere d'ufficio, è tenuto allo svolgimento di determinati compiti e mansioni. Vi è dunque nel caso di specie una sovrapposizione tra la dimensione

porre in essere tutte le altre iniziative idonee a tutelarlo)".

⁴¹ Così V. CERULLI IRELLI, *Ibidem*.

del rapporto d'ufficio e del rapporto di servizio e nel contempo una coincidenza tra la posizione soggettiva del titolare dell'ufficio e l'ufficio medesimo.

Tale circostanza non è di poco momento: il precipitato logico della stessa è infatti che ad una legittimazione "oggettiva" dell'ufficio si aggiunge nel caso di specie quella "soggettiva" del funzionario responsabile dello stesso. Il che consente di ritenere che il giudice possa considerare accertata *in re ipsa* non solo la rilevanza dell'interesse alla stregua dell'ordinamento, ma anche la pertinenza dell'interesse tutelato al soggetto che propone l'azione.

A ben vedere, peraltro, il riconoscimento di una "doppia" legittimazione ad agire del responsabile del servizio finanziario consente di affermare che tale condizione dell'azione possa dirsi integrata a fronte della sola dimostrazione, in sede di giudizio, della titolarità dell'ufficio in capo al suddetto funzionario.

Un'ultima notazione minima sia consentita: nella prospettiva che si è verificata la vicenda del responsabile del servizio finanziario dell'ente locale risulta particolarmente emblematica nella spiegazione dell'essenza e dei confini dell'esercizio della funzione amministrativa, mostrando il punto di congiunzione tra l'ufficio come professione⁴² e l'ufficio come funzione.

Abstract

The safeguard function carried out by the head of the financial service of the local authorities within the theory of the administrative organization: reconstructive issues of the topic

by Salvatore Dettori

The essay analyses the function attributed to the head of the financial service of local authorities concerning the safeguarding of the balance of local finance. First of all, the work shows that the aforementioned function aims to protect a general public interest of constitutional and European significance. In light of this, the essay deals with the aforementioned topic in the perspective of the administrative organization and the public office. The study reveals the possibility that the exercise of the aforementioned function includes the power of the public official to take legal action against the economic and financial planning of the local administration.

⁴² Il richiamo è ovviamente al saggio di G. MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato*, ora in Id., *La democrazia come problema, I. Diritto, amministrazione ed economia*, Tomo 2, Bologna, 1994, p. 71 ss.

Hanno collaborato a questo numero:

Marco Angelone

Professore associato di diritto privato presso l'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara

Carlos Botassi

Professore di diritto amministrativo presso L'Università Nazionale di La Plata (Argentina)

Anna Del Prete

Tirocinante presso la Banca d'Italia

Salvatore Dettori

Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Teramo

Alessandro Di Martino

Tirocinante presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione

Domenico Marrello

Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Perugia

Viviana Molaschi

Ricercatrice di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Bergamo, abilitata alle funzioni di professore di II fascia

Raffaele Picaro

Professore associato di diritto privato presso L'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Massimiano Sciascia

Ricercatore a tempo determinato di diritto amministrativo presso l'Università telematica Pegaso

Giuliano Taglianetti

Ricercatore a tempo determinato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Alberto Zito

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Teramo

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI MARZO 2018
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI