

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXVII – Nuova serie
N.3/2018 (settembre-dicembre)

INDICE

DOTTRINA

- SIMONE PAJNO
Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali 377
- CRISTIANO CELONE
L'ampio potere di regolazione dell'Autorità indipendente dei trasporti nel settore ferroviario 411
- ALESSANDRO CIOFFI
Il conflitto d'interessi negli appalti pubblici. A proposito dell'art. 42 del Codice 457
- RAFFAELE PICARO
Notazioni di ermeneutica contrattuale evocate dalla digitalizzazione dei processi costruttivi 469
- VANESSA MANZETTI
La spending review immobiliare e la compensazione giudiziale. Riflessioni a margine dell'orientamento assunto dalla Corte dei conti 513

CATERINA VENTIMIGLIA		
	<i>Organizzazione e diritto alla salute, alla prova della regionalizzazione e dell'aziendalizzazione dei servizi sanitari</i>	533
CLARA NAPOLITANO		
	<i>Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto</i>	563
GIACOMO DELLEDONNE		
	<i>Riforme elettorali e partiti politici europei</i>	593
ALESSANDRO DI MARTINO		
	<i>Le concessioni nel Codice dei contratti pubblici: profili di apertura al mercato e novità in tema di esecuzione del contratto</i>	617

Dottrina

Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali

di Simone Pajno

SOMMARIO: 1. Una fonte del diritto tanto importante quanto oscura in molti suoi aspetti – 2. La collocazione nel sistema delle fonti – 2.1. Un decreto legislativo senza delega? – 2.2. Tra principio gerarchico e principio di competenza – 2.3. L'integrazione del parametro di legittimità costituzionale – 3. L'oggetto delle disposizioni di attuazione – 3.1. Le previsioni statutarie – 3.2. Il problema delle norme *praeter statutum* – 3.3. Norme di attuazione *extra statutum*? Il caso degli accordi sulla finanza pubblica e quello del trasferimento di funzioni amministrative in base alla c.d. "clausola di maggior favore" – 4. Il procedimento di approvazione ed il ruolo della Commissione paritetica – 4.1. Le previsioni normative e le tendenze uniformanti in dottrina e giurisprudenza – 4.2. La prassi degli ultimi anni – 4.3. Dalla interlocuzione *nella* Commissione alla interlocuzione *con la* Commissione – 5. *Chi, quando, cosa, come*: alcune considerazioni conclusive.

1. Una fonte del diritto tanto importante quanto oscura in molti suoi aspetti

Le disposizioni di attuazione degli statuti speciali rappresentano una fonte del diritto – anzi, come si vedrà più avanti, una *classe* di fonti del diritto – la cui importanza nell'esperienza delle Regioni ad autonomia particolare è ormai sempre più evidente. Di recente Matteo Cosulich, con una efficace espressione, ha avuto modo di qualificarle il "segreto" della specialità¹, perché, tramite un procedimento in cui è strettamente presidiata la bilateralità dei rapporti, è riuscita sovente a fornire prestazioni essenziali per le singole autonomie speciali. Tra queste è possibile menzionare, a titolo di esempio: *a*) il presidio di spazi di competenza amministrativa e legislativa assegnati alle autonomie speciali dagli statuti, in modo sovente più efficace ed approfondito di quanto riesce alle stesse norme statutarie; *b*) la espressione della cifra concreta dell'esperienza autonómica di una singola Regione in un determinato momento, anche consentendo che tale esperienza prenda pieghe almeno in parte differenti da quelle prefigurate dall'attuazione di specifiche norme statutarie; *c*) la "rincorsa" delle Regioni speciali rispetto alle ordinarie, per evitare che si determinasse il "sopraso" delle seconde sulle prime in ragione dei maggiori spazi di autonomia che le vicende della legislazione vanno via via riconoscendo alle stesse².

¹ M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale*, Napoli, 2017, 153 ss.

² Di frequente in dottrina si è rilevato tuttavia come tale obiettivo sia rimasto frustrato, in ragione sia del ritardo con cui le disposizioni di attuazione sono state approvate sia del contenuto sovente meramente ripetitivo delle norme concernenti le Regioni ordinarie, di talché il maggior tempo trascorso non è risultato compensato dalla «maggiore incisività dei trasferimenti», o quan-

Nonostante l'importanza di questa fonte del diritto i percorsi dottrinali e la giurisprudenza che si sono sviluppati al riguardo consegnano alcuni punti oscuri (o quantomeno non rischiarati a sufficienza), inerenti alcuni aspetti centrali del tema, quali i limiti competenziali della fonte ed il suo procedimento di approvazione, con specifico riferimento al ruolo che – come si vedrà – le commissioni paritetiche giocano nel medesimo. Merita peraltro di essere evidenziato sin da subito come sia diffusa la tendenza, così in dottrina come in giurisprudenza, a ricostruire il regime giuridico delle norme di attuazione dei diversi Statuti speciali in modo uniforme, nonostante differenze anche non poco significative tra le disposizioni che le prevedono.

Infine, in chiusura di questa introduzione, non ci si può esimere dal ricordare come, in relazione alle norme di attuazione, si sia generata quella che è possibile chiamare una “mitologia della pariteticità”, che muove proprio dalla enfattizzazione del ruolo (comunque centrale) rivestito dalle Commissioni nel procedimento di formazione, per inferire una natura “paritetica”, o addirittura “pattizia”, della stessa fonte in discussione³. Tale natura – almeno in alcune trattazioni che approfondiscono più di altre questo approccio – sarebbe il riflesso attuale della stessa *origine pattizia* delle Regioni speciali e (dunque) dei relativi statuti⁴. La prospettiva appena accennata – oltre ad essere di dubbia correttezza dal punto di vista giuridico con riguardo alla *fase genetica* delle autonomie particolari⁵

to meno da loro caratteristiche peculiari (cfr. in tema, oltre R. CHIEPPA, *Le esperienze delle commissioni paritetiche e il valore delle norme di attuazione degli statuti speciali regionali*, in *Le Regioni*, 2008, 1051 ss., part. 1054, ove è reperibile l'espressione citata, cfr. anche P. GIANGASPERO, *I decreti di attuazione dello Statuto speciale tra garanzia della specialità regionale ed esigenze di tutela del ruolo costituzionale degli enti locali dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in AA.VV., *Norme di attuazione dello Statuto speciale regionale e nuovo ruolo degli enti locali. Atti del convegno/8 maggio 2006 – Villa Manin Passariano/Codroipo*, reperibile sul sito <http://autonomielocali.regione.fvg.it>).

³ La stessa giurisprudenza costituzionale non è estranea a questa prospettiva. Cfr., ad es., la sent. n. 178 del 2012, nonché, ancor più di recente, nelle sentt. n. 125 e 239 del 2015 e la sent. n. 186 del 2016.

⁴ In base ad una prospettiva sovente reperibile nel dibattito pubblico, ma dalla quale talvolta non sono alieni neanche i percorsi sviluppati da alcuni studiosi, la stessa genesi costituzionale delle autonomie speciali avrebbe infatti una vera e propria base pattizia. Cfr., ad es., in relazione alla Regione siciliana, F. PIETRANCOSTA, *L'ente regionale siciliano: origini, caratteri e profilo istituzionale*, in *Diacronie. Studi di storia contemporanea*, 2010, part. 15, ove però il percorso seguito è tutto incentrato sulla ricostruzione delle vicende storico-politiche, e dunque non è in grado, da solo, di sostenere una conclusione, di stampo giuridico, orientata nel senso accennato nel testo. Per riferimenti alla tesi della genesi pattizia dello statuto siciliano si veda, ad es., G. LA BARBERA, *Lineamenti di diritto pubblico della Regione siciliana*, Palermo, 1975, 11. In tema, di recente, cfr. G. VERDE, *Norme di attuazione commissione paritetica Stato-Regione*, in *Per un nuovo statuto della Regione siciliana*, a cura di A. Ruggieri, G. D'amico, L. D'Andrea, G. Moschella, Torino, 2017, 201 ss.

⁵ Come infatti osservava già Costantino Mortati – con specifico riferimento allo Statuto della Regione siciliana, ma tramite un argomento serenamente replicabile per le altre esperienze – l'ordinamento autonomistico è divenuto efficace «in virtù di atti di organi dello Stato» (C. MORTATI,

– pare tuttavia particolarmente problematica proprio con specifico riferimento alle disposizioni di attuazione degli statuti, almeno per come il relativo procedimento di formazione è disciplinato in alcuni di essi. Il distinguo è necessario poiché, come è noto, gli aspetti *procedimentali* della fonte in discussione divergono non poco da una esperienza all'altra, di talché la possibilità di predicare la loro natura *pattizia* va vagliata con riferimento alla disciplina dettata da ciascuno statuto speciale. Per di più si deve rilevare sin d'ora come la prassi recente delle relazioni collaborative tra Stato e singole autonomie speciali che trova forma tramite le disposizioni di attuazione denota un certo “ossequio” per le posizioni emerse nella Commissione paritetica tale da svelare vicende procedimentali forse definibili in qualche modo “pattizie”, ma tuttavia non inquadrabili agevolmente in quello che dovrebbe essere il modellino normativo del relativo procedimento di formazione, sia esso ritagliato sulle disposizioni rilevanti dei singoli statuti o sui percorsi della giurisprudenza costituzionale.

Nelle pagine che seguono si procederà innanzi tutto a ricostruire quello che possiamo definire lo *status costituzionale* delle norme di attuazione così come risulta dalle posizioni che oggi, sia in dottrina che in giurisprudenza, risultano decisamente maggioritarie: *status* inerente la loro collocazione nel sistema delle fonti, ed in particolare la loro relazione con le fonti di rango legislativo, nonché il ruolo che le stesse sono in grado di svolgere nelle vicende del giudizio di costituzionalità. Si vedrà inoltre come le peculiarità procedimentali che premiano la dimensione collaborativa singolare a scapito del ruolo delle Camere possano giustificare il particolarissimo *status costituzionale* delle disposizioni di attuazione solo a patto di interpretare la citata relazione con le (altre) norme primarie in termini di rigoroso riparto di competenze, imperniato sulla legittimazione che le prime trovano nelle specifiche “forme e condizioni particolari di autonomia” individuate dai singoli statuti speciali in attuazione dell'art. 116 Cost. Infine si proverà

Istituzioni di diritto pubblico, II, Padova, 1976, 916, nt. 1). Non può ovviamente stupire che tali atti di “concessione” dell'autonomia abbiano avuto quale loro causa efficiente sul piano storico-politico un confronto, caratterizzato in alcuni frangenti anche da toni non poco aspri, con le classi politiche locali: perché gli organi che stabilirono giuridicamente il regime regionale speciale si risolvessero a compiere questo passo, sia prima che dopo l'approvazione della Costituzione repubblicana, la classe politica statale doveva essere congruamente sollecitata in tal senso, e con strumenti adeguati perché si convincesse ad adottare una decisione tanto innovativa per l'epoca. Ciò non toglie, tuttavia, che, dal punto di vista giuridico l'argomento di Mortati sopra richiamato sia ineccepibile, e che dunque in tale ottica non si possa discorrere in alcun modo di accordi o patti di alcun genere. In tal senso, più di recente, anche M. PLUTINO, *I decreti legislativi del Governo contenenti “norme di attuazione” degli Statuti speciali*, in www.gruppodipisa.it, par. 1.

Significativamente differente – anche se non priva di elementi di sovrapposizione con la prospettiva accennata nel testo – è invece la tesi del fondamento «extracostituzionale», sia di carattere internazionale che di «natura metagiuridica», della specialità regionale, di recente approfondita da M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 16 ss., su cui però, per ragioni di spazio, non è consentito concentrarsi in questa sede come pure sarebbe necessario.

ad evidenziare come la costellazione di incertezze inerenti il procedimento di approvazione, il ruolo dei *testi* degli statuti nel fondare divergenze tra i percorsi da seguire per l'una o per l'altra Regione, le peculiari vicende della prassi degli ultimi anni, nonché gli spazi materiali e temporali di utilizzabilità della fonte, rendono quest'ultima – pur così importante per le autonomie speciali – in grado di generare non pochi problemi sulla coerenza complessiva del sistema.

2. *La collocazione nel sistema delle fonti:*

2.1. *Un decreto legislativo senza delega?*

Come è noto – e conformemente, del resto, ad esplicite previsioni in tal senso reperibili negli Statuti⁶ – le norme di attuazione confluiscono in atti normativi denominati “decreti legislativi”. Il nome corrisponde alla sostanza strettamente governativa della fonte del diritto in questione⁷, il cui procedimento di formazione culmina con la approvazione del testo normativo da parte del Consiglio dei ministri, prima della definitiva emanazione ad opera del Presidente della Repubblica. La peculiarità di tali atti salta subito agli occhi: rispetto al modello “ordinario” dell'art. 76 Cost., manca evidentemente la delega parlamentare. Se peraltro si muove dalla ormai generalmente condivisa affermazione – che si approfondirà più avanti – secondo la quale le norme di attuazione hanno rango primario – non ci vuol molto a notare come si tratti, nell'ambito dell'ordinamento italiano, dell'unico caso attuale in cui il procedimento di formazione di norme aventi tale collocazione nel sistema delle fonti non veda protagonista anche le assemblee parlamentari⁸.

Per vero non è mancato in passato chi aveva ritenuto di poter ravvisare proprio nelle disposizioni statutarie di rinvio a tali fonti una sorta di “delega”⁹. Se oggi questa ipotesi appare piuttosto incongrua, nei primi tempi dell'esperien-

⁶ Fa eccezione solo l'art. 43 St. Sic., ai sensi del quale «*Una Commissione paritetica di quattro membri nominati dall'Alto Commissario della Sicilia e dal Governo dello Stato, determinerà le norme transitorie relative al passaggio degli uffici e del personale dello Stato alla Regione, nonché le norme per l'attuazione del presente Statuto*».

⁷ Cfr., ad es., F. MODUGNO, S. NICCOLAI, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 12.

⁸ Sul punto cfr., efficacemente, M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 80.

Fa eccezione, anche se certamente limitata, il caso della Regione Sardegna: le relative norme di attuazione, in base all'art. 56, comma secondo, dello Statuto, necessitano del parere del Consiglio regionale (e prima che quest'ultimo venisse ad esistenza, della Consulta regionale). A tale previsione va inoltre affiancata quella, analoga, contenuta nell'art. 48-*bis*, comma secondo, dello Statuto di autonomia della Regione Valle d'Aosta

⁹ C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 18, nt. 1, ove ci si riferisce ad una «delega effettuata direttamente dalla Costituzione».

za repubblicana pareva invece idonea a spiegare l'eccezionale conferimento di potere normativo al Governo effettuato dall'Assemblea costituente nel gennaio 1948 con le leggi costituzionali di approvazione degli statuti speciali, adottate ai sensi della XVII delle *Disposizioni transitorie e finali*, limitatamente a quanto necessario per consentire quello che oggi chiameremmo “lo start-up” delle Regioni interessate, il loro primo avviamento all'operatività. Si sarebbe dunque trattato di una delega effettuata a beneficio dell'esecutivo da parte dell'assemblea elettiva nella sua massima espressione, per un periodo che, ancorché non precisamente determinato, andava comunque ritenuto circoscritto nel tempo¹⁰. Come osservava Pietro Gasparri in una delle prime occasioni in cui si procedette ad una analisi approfondita dell'istituto in esame, il fatto che il «motivo dominante» dell'intera Costituzione sia il «principio democratico che il potere di emanare comandi aventi forza di legge compet(a) in via normale al Parlamento» parrebbe rendere «estremamente inverosimile che l'Assemblea costituente» avesse voluto istituire «fonti di produzione legislativa non parlamentare (...) destinate a durare all'infinito»¹¹.

Alla luce delle considerazioni appena richiamate il modello della delega legislativa disponeva in effetti di non trascurabili capacità esplicative. Tuttavia la lettura, ormai consolidata da tempo, dei decreti legislativi di attuazione come *fonte permanente*, e non invece destinata ad essere esercitata soltanto nel periodo di “avviamento” dell'esperienza dell'autonomia speciale di volta in volta considerata¹², rende impercorribile la strada accennata¹³, nel senso che – ove si

¹⁰ Questa pare essere la logica in cui si colloca, ad es., la Corte costituzionale, con la sent. 29 giugno 1956, n. 20, secondo la quale si è trattato «di una speciale attribuzione di facoltà legislativa, fatta dall'organo costituente, subordinata alle determinate forme stabilite nel detto articolo – quale la formazione della Commissione paritetica e il parere della Consulta regionale – per raggiungere la finalità di porre in essere quelle norme di attuazione che dovevano accompagnare la nascita della Regione e renderne praticamente e giuridicamente possibile l'attività».

¹¹ P. GASPARRI, *Le norme di attuazione degli statuti regionali speciali*, in AA.VV., *Atti del terzo convegno di studi giuridici sulla Regione*, Milano, 1962, 139 ss., part. 157-158.

¹² In tale senso la dottrina meno recente come cfr. A. BRACCI, *Le norme di attuazione degli statuti per le Regioni di autonomia speciale*, Milano, 1961, 78 ss.; P. GASPARRI, *Le norme di attuazione degli statuti regionali speciali*, cit., 157 ss. Una acuta critica alla tesi della “fonte permanente”, ancora oggi da meditare, è reperibile in T. MARTINES, *Norme di attuazione ed erosione della specialità*, in ID, *Opere*, II. *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 593 ss., part. 598 ss.

¹³ In tema cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 232 ss., part. 233.

Un argomento a sostegno della natura permanente della fonte può essere individuato nelle caratteristiche dell'analoga previsione che – con riferimento alla legge – l'VII delle *Disposizioni transitorie e finali* della Costituzione riserva alle Regioni ordinarie. Tale previsione, come è stato notato, «non si pone» infatti «nell'ordinamento costituzionale come norma di diritto transitorio», dettando piuttosto «un precetto normativo di carattere definitivo» (così P. SCARLATTI, *Diritto costituzionale transitorio*, Napoli, 2016, 108).

volesse continuare a parlare di delega¹⁴ – dovrebbe comunque restar chiaro che si tratterebbe di un fenomeno profondamente differente da quello noto all'ordinamento generale, caratterizzato – a differenza di quest'ultimo – dall'esistenza di un'unica “delega” esercitabile per un tempo indeterminato e per un numero indefinito di volte, nonché – come si vedrà meglio appresso – anche in relazione ad oggetti circoscrivibili solo in modo molto generico ed approssimativo¹⁵. Alla luce di tutto ciò non si può non concordare con chi ha autorevolmente evidenziato come le norme statutarie concernenti i decreti legislativi di attuazione rappresentino «un'attribuzione di competenza a carattere eccezionale in quanto derogatoria del sistema di fonti previsto dagli artt. 70, 76 e 77 Cost.»¹⁶. Si tratta, in effetti, di una eccezione particolarissima a quella centralità delle assemblee rappresentative nella produzione normativa primaria che gli insegnamenti tradizionali della riflessione costituzionalistica italiana connettono direttamente al principio di sovranità popolare¹⁷, e che, proprio con riferimento alla delega

¹⁴ ...come accade ad esempio nell'art. 48-bis dello Statuto speciale per la Valle d'Aosta, il quale – riecheggiando il lessico delle leggi di delega ex art. 76 Cost. – afferma che «il Governo è delegato ad emanare uno o più decreti legislativi recanti le disposizioni di attuazione del presente Statuto».

¹⁵ Il riferimento è alla importante questione delle norme di attuazione c.d. *praeter statutum* che, come si sa, non da oggi la giurisprudenza costituzionale ritiene nella disponibilità della fonte in parola. In tema cfr. *infra*, par. 3.

Contrario all'ipotesi della “delega” era già A. BRACCI, *Le norme di attuazione degli statuti per le Regioni di autonomia speciale*, cit., che discorreva di «specialE attribuzione di funzioni normative fatta dal Costituente al Potere esecutivo», ove la “specialità” appariva connessa alla deroga al principio di spettanza parlamentare della funzione legislativa.

¹⁶ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II foro italiano, 1977, 271. In tema cfr. anche le interessanti considerazioni svolte – con particolare riferimento dalla Provincia di Bolzano, ma in larga misura estensibili alle altre esperienze – da F. PALERMO, *Ruolo e natura delle Commissioni paritetiche e delle norme di attuazione*, in J. MARKO, S. ORTINO, F. PALERMO, *L'ordinamento speciale della Provincia autonoma di Bolzano*, Padova, 2001, 826 ss., part. 841.

¹⁷ Può essere sufficiente, a questo riguardo, citare un noto contributo di Giuseppe Ugo Rescigno che, nel ricostruire il portato del contributo di maestri del calibro di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli e Livio Paladin in tema di sovranità popolare e fonti del diritto afferma che in esso, sia pure «indirettamente», la nozione di «sovranità popolare, insieme con la costellazione di nozioni ed istituti ad essa collegati (...), conferma o dovrebbe confermare la centralità delle assemblee rappresentative e degli atti da queste deliberati, a partire dalle leggi formali, perché in tali assemblee, e quindi mediante gli atti deliberati da esse, si permette (sempre che i soggetti politici, ed il popolo dietro di essi, lo vogliano e ne siano capaci) il confronto dialettico in pubblico tra tutti, e quindi diventa effettiva, e non meramente proclamata, quella partecipazione di tutti i cittadini, attraverso i partiti e tutte le altre forme lecite presenti nell'ordinamento, alla determinazione della politica nazionale, e cioè all'esercizio della sovranità popolare ed alla democrazia, e cioè al pote-

legislativa, la giurisprudenza ha riconosciuto sin dalla sentenza della Corte costituzionale 16 gennaio 1957, n. 3¹⁸.

Le ragioni di questa deroga sono probabilmente molteplici. Tra queste possono essere indicate quelle per così dire “congiunturali”, legate alla circostanza che in occasione della “nascita” del modello – ossia quando vede la luce lo Statuto della Regione siciliana con l’approvazione del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (*Approvazione dello Statuto della Regione siciliana*) – non esisteva ancora il Parlamento repubblicano¹⁹; e all’idea, alquanto diffusa nel periodo in cui vedono la luce i primi statuti e già evocata più sopra, secondo la quale la fonte in esame sarebbe stata destinata ad operare solo nella fase di avvio del regionalismo speciale²⁰: le norme di attuazione, in sintesi, «avrebbero dovuto costituire un’anomalia limitata dalla brevità del periodo della loro durata»²¹.

Su un piano diverso, è possibile provare ad indicare la ragione “strutturale” di una deroga così importante – tanto da determinare una significativa incisione di uno dei perni del nostro diritto costituzionale – nell’art. 116 Cost. e nel “principio di specialità” in esso accolto per le autonomie territoriali ivi espressamente menzionate²². In sintesi: il rinvio degli statuti, per l’attuazione degli stessi, a norme primarie statali *extraparlamentari* rappresenterebbe una delle più importanti tra le «*forme e condizioni particolari di autonomia*» menzionate dalla citata

re del popolo, se le parole hanno un senso». In sintesi, «in questo legame tra sovranità popolare e centralità delle assemblee legislative e quindi delle leggi da queste deliberate sta, o dovrebbe stare, il legame tra sovranità popolare e fonti» (le citazioni sono tratte da G.U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin*, in *Rivista AIC* – http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/20030619_padova/rescigno.html).

¹⁸ In tema cfr. M. SICLARI, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992, 113 ss.

¹⁹ M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 82 ss.

²⁰ M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 84.

²¹ A. PERTICI, *I decreti legislativi di attuazione*, cit., 501.

²² In questo senso cfr. Corte costituzionale, sent. 9 maggio 1961, n. 22, par. 3 del *Considerato in diritto*, che a partire da quanto osservato nel testo argomenta la impossibilità di applicare al caso della Regione Sardegna l’VIII delle *Disposizioni transitorie e finali* della Costituzione, nonché la sent. n. 80 del 1980, reperibile in *Le Regioni*, 1981, 431 ss., con nota di G. MOR, *Considerazioni sulle norme di attuazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata*. In dottrina cfr., di recente, M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 84-85. Proprio per questa ragione in dottrina si è sostenuto, e si continua a sostenere da taluno, la preferibilità dell’interpretazione delle disposizioni statutarie come norme di “delega” non stabile, ma limitata a garantire la «prima attuazione» degli statuti (così, ad es., A. PERTICI, *I decreti legislativi di attuazione*, cit., 500 ss.). Si consideri peraltro come proprio la vistosa deroga alle previsioni degli artt. 70, 76 e 77 Cost. abbia indotto la dottrina a ritenere esercitabile il potere normativo *de quo* anche oltre la “prima attuazione” solo sulla base di una delega *ex art.* 76 Cost., e sia pure prevedendo la necessità del parere della Commissione paritetica (G. MOR, *Considerazioni sulle norme di attuazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata*, cit., 437).

disposizione costituzionale²³: utilizzando le parole di Gianfranco Mor è possibile dire che «l'autonomia speciale (...) si manifesta con l'attribuzione di specifici poteri, ma vive anche di procedimenti speciali di collegamento con gli organi costituzionali dello Stato, perché solo in tal modo le specifiche esigenze riescono ad emergere e ad essere evidenziate»²⁴. Se così è, tuttavia, appare almeno *prima facie* necessaria una conseguenza del discorso appena accennato. Appare infatti chiaro che se le norme di attuazione rappresentano una eccezione al principale modo in cui, nel nostro ordinamento, trova corpo il principio democratico con riferimento all'ordine delle fonti, il ricorso alle medesime può essere consentito solo nella misura in cui la peculiare declinazione del principio autonomista cristallizzata nell'art. 116, primo comma, Cost., fornisce loro un fondamento. L'ulteriore conclusione che da ciò è possibile derivare è quella secondo la quale l'ambito cui sono destinate ad accedere le norme di attuazione deve essere ben sorvegliato, e rigorosamente circoscritto a quello individuato dagli statuti speciali. Almeno, *dovrebbe* esser così: poiché – come si avrà modo di accennare più avanti – la prassi che si è sviluppata al riguardo, e la stessa giurisprudenza costituzionale, non paiono tenere in gran considerazione gli argomenti appena esposti.

2.2. Tra principio gerarchico e principio di competenza

La ricostruzione delle relazioni dei decreti di attuazione con le altre fonti del diritto non può che prendere le mosse dal loro carattere subcostituzionale, riconosciuto unanimemente e già esplicitamente sancito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sin dalla sentenza 29 giugno del 1956, n. 20, assieme al loro rango superiore a quello di meri regolamenti amministrativi²⁵. Il secondo passo, a tal fine, è quello di richiamare l'affermazione – anch'essa ormai senz'altro condivisa – secondo la quale le norme poste da tali atti vanno annoverate tra quelle di rango primario e prevalgono su quelle derivanti da leggi ordinarie (statali e regionali) «*nell'ambito della loro competenza*», (Corte costituzionale sent. 6-7 novembre 2001, n. 353; sent. 1-19 giugno 1998, n. 213; sent. 12 luglio 1984, n. 212; sent. 14 luglio 1972, n. 151), che ha «*carattere riservato e separato rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica*» (Corte costituzionale, sent. 20-23 aprile 1998, n. 137; sent. 20-26 febbraio 1990, n. 85; 15 luglio 1983, n. 237; sent. 16

²³ In tal senso può essere evocata la sentenza della Corte costituzionale, sent. 6 maggio 1985, n. 160, la quale evidenzia come nel procedimento di formazione delle norme di attuazione degli statuti intervengano «organi cui partecipano mediatamente le comunità interessate».

²⁴ G. MOR, *Considerazioni sulle norme di attuazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata*, cit., 445.

²⁵ Cfr., in tal senso, anche Corte costituzionale, sent. 30 aprile 1959, n. 30.

dicembre 1980, n. 180; nonché sentt. n. 353/2001, n. 213/1998 e n. 212/1984)²⁶: ciò che rende dunque costituzionalmente illegittime le norme legislative ordinarie, sia statali che regionali, che si spingessero a disciplinare il menzionato ambito competenziale. Non mancano, in effetti, precedenti giurisprudenziali e spunti dottrinali tendenti ad individuare una relazione di tipo gerarchico tra legge e decreti di attuazione, a beneficio di questi ultimi²⁷, valorizzando soprattutto il carattere “rinforzato” del procedimento²⁸. Tuttavia si può dire senza timore di essere smentiti che l'impostazione oggi largamente più accreditata sia presso la dottrina che in giurisprudenza è quella che riconduce le relazioni tra le due fonti al principio della competenza, giustificandosi l'esistenza di uno ambito riservato alle disposizioni di attuazione in ragione del peculiarissimo procedimento che, come si è visto più sopra, le contraddistingue. In tale quadro esse sono dunque state qualificate, in più di una occasione, come “fonti atipiche”²⁹, e non possono che ritenersi dotate di forza passiva tale da farle resistere alla abrogazione mediante legge ordinaria (statale o regionale)³⁰, alla quale deve peraltro ritenersi interdetta l'incursione negli ambiti riservati alle disposizioni di attuazione a prescindere da un contrasto con queste ultime, ed anzi a prescindere dalla loro stessa esistenza nella materia considerata³¹.

²⁶ Il punto è approfondito da F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, 64.

²⁷ Quanto alla giurisprudenza cfr. soprattutto la sent. n. 30/1959, la quale – pur affermando il «valore di legge» delle disposizioni di attuazione, afferma che «sia per ragioni formali che per ragioni sostanziali, esse si pongono (...) su un piano diverso e superiore rispetto alle leggi da emanare nelle materie da esse regolate». Talora si è voluto vedere anche nella sent. n. 213/1998 – secondo la quale le norme di attuazione sarebbero «dotate di forza prevalente su quella delle leggi ordinarie» – una apertura al criterio gerarchico. Contro tale interpretazione in dottrina si è sostenuto che la “prevalenza” di cui discorre la Corte si esplicherebbe comunque tramite il criterio della competenza e non quello gerarchico (così A. PERTICI, *I decreti legislativi di attuazione*, cit., 498). Più recentemente anche nella sentenza della Corte costituzionale 20 giugno-1 luglio 2005, n. 249 – che connette la prevalenza rispetto alla legge ordinaria al peculiare procedimento delle norme di attuazione – è possibile rinvenire qualche riferimento in tal senso.

Ha espresso invece opinioni nel senso di riconoscere alle disposizioni di attuazione un rango superlegislativo soprattutto la dottrina più risalente. Di recente, problematicamente, P. GIANGASPERO, *I decreti di attuazione degli Statuti speciali*, nel volume *I nodi tecnici della revisione degli Statuti speciali*, a cura di R. Bin e L. Coen, Padova, Cleup, 2008, 107 ss., part. 115.

²⁸ In tema, di recente, cfr. anche le interessanti considerazioni di M. SIAS, *Le norme di attuazione degli statuti speciali. Dall'autonomia differenziata all'autonomia speciale*, Napoli, 2012, 25.

²⁹ Così, tra gli altri, T. MARTINES, *Norme di attuazione ed erosione della specialità*, cit., 593 (il quale le qualifica anche «rinforzate e a procedimento riservato»); A. PERTICI, *I decreti legislativi di attuazione*, cit., 501; M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 149. Anche la giurisprudenza costituzionale, in più di una occasione, si è espressa in tale senso. Cfr., ad es., le sentt. n. 224/1990, che discorre di «una competenza legislativa atipica il cui ambito è precluso alle comuni leggi ordinarie e agli atti a queste equiparati» (par. 4 del *Considerato in diritto*), e n. 483/1991 (par. 5.2 del *Considerato in diritto*).

³⁰ Cfr. in tal senso, ad es., Corte costituzionale, sent. 6-10 febbraio 2006, n. 51, par. 5 del *Considerato in diritto*.

³¹ Così, da ultimo, anche M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 152. In tema cfr. anche T. MARTINES, *Norme di attuazione ed erosione della specialità*, cit., 595.

2.3. *L'integrazione del parametro di legittimità costituzionale*

Il ruolo delle norme di attuazione nelle dinamiche del giudizio di costituzionalità è senza dubbio notevole. Nonostante il loro rango (solo) primario, tuttavia, tale ruolo di rado si esplica nella veste dell'oggetto del giudizio di costituzionalità. Come è stato efficacemente notato, poiché, secondo la giurisprudenza costituzionale, le disposizioni di attuazione «*rappresentano*», in virtù del procedimento collaborativo dal quale sono originate, «*tra le realizzazioni astrattamente possibili dell'autonomia regionale speciale, quelle storicamente vigenti*», riuscendo in tal modo a «*fissare (...) i contenuti storico-concreti dell'autonomia regionale*»³², la Corte costituzionale tende ad astenersi dal colpirle con lo strumento della dichiarazione di incostituzionalità³³, tanto da aver pronunciato – secondo una icastica rappresentazione dottrinale – una sorta di “*non expedit*” al riguardo³⁴.

Quanto appena accennato spiega peraltro anche la grande importanza che le norme di attuazione rivestono invece sul versante del *parametro* del giudizio di costituzionalità, ed in particolare del parametro *statutario*. Se, come è stato di recente affermato, le norme di attuazione ci consentono di vivere (quasi) “leibnizianamente” nel «*migliore dei mondi autonomistici possibili*»³⁵, non stupisce che i giudici di Palazzo della Consulta abbiano nel corso del tempo riconosciuto nelle disposizioni di attuazione degli statuti speciali non solo un elemento in grado di svolgere un ruolo «*interpretativo*» di questi ultimi, ma anche a procedere ad una vera e propria *integrazione* degli stessi ai fini della definizione del parametro di costituzionalità della legge statale e regionale³⁶. Tale effetto di integrazione è spiegato sovente tramite il ricorso alla tecnica della c.d. *interposizione normativa*, anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale³⁷. Anche

³² Sent. n. 213/1998.

³³ Cfr. F. PALERMO, *Ruolo e natura delle Commissioni paritetiche e delle norme di attuazione*, cit., part. 833; M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 143.

³⁴ F. PALERMO, *Non expedit della Corte al controllo di costituzionalità delle norme di attuazione degli Statuti speciali. Ancora sul diritto all'uso della lingua minoritaria nel processo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1681 ss., ove si critica l'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale tendente a «riconoscere legittimità costituzionale alle norme di attuazione per il fatto stesso che esse vengano in essere sulla base di un procedimento concordato e paritetico» (1688).

³⁵ Così M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 143.

³⁶ Cfr., per tutte, la sent. n. 51/2006 (secondo la quale «le norme di attuazione degli statuti speciali possiedono un sicuro ruolo interpretativo ed integrativo delle stesse espressioni statutarie che delimitano le sfere di competenza delle Regioni ad autonomia speciale»), nonché le ulteriori decisioni ivi richiamate. Tale prospettiva è stata particolarmente enfatizzata nella recentissima Corte costituzionale, sent. 6 febbraio-29 marzo 2019, n. 65, part. par. 1.2. del Considerato in diritto.

³⁷ Cfr., ad es., Corte costituzionale, sent. 18-27 dicembre 1991, n. 483, secondo cui le norme di attuazione esigono «il rispetto da parte del legislatore ordinario in virtù del carattere di norme interposte che (...) assumono», nonché Corte costituzionale, sent. 23-25 maggio 1990, n. 260, e l'ulteriore giurisprudenza ivi citata.

la dottrina pare in prevalenza orientata in tal senso, discutendosi talvolta, piuttosto, se la disposizione statutaria mediatamente violata sia quella oggetto di “attuazione” ovvero quella che istituisce la fonte³⁸. Non manca, tuttavia, qualche voce critica che ritiene inadeguata la teoria della interposizione normativa al fine di spiegare l’incostituzionalità derivante a carico di una legge ordinaria contrastante con una norma di attuazione, perché né dalle disposizioni statutarie “attuate” da queste ultime, né da quelle che istituiscono e regolano la fonte in discussione sarebbe desumibile un «obbligo per le leggi di rispettare i decreti legislativi non delegati, nello stesso modo in cui dall’art. 76 Cost. deriva un obbligo per il decreto legislativo di rispettare la legge di delegazione»³⁹. Sarebbe invece preferibile, ai fini menzionati, fare ricorso alla figura – ben nota ad altre esperienze costituzionali – del c.d. “blocco di costituzionalità”⁴⁰, costituito nel caso di specie dai «decreti legislativi non delegati con la disposizione statutaria che attuano», e con la quale si porrebbero «in rapporto di “strumentalità necessaria”»: blocco che dovrebbe «essere rispettato interamente (e quindi anche per la parte di livello “primario”, costituita dalle norme di attuazione) da parte delle leggi, che intervengano in settori da esso disciplinati»⁴¹.

3. *L’oggetto delle disposizioni di attuazione*

3.1. *Le previsioni statutarie*

Il quadro fin qui tratteggiato – desunto dai percorsi della dottrina e (soprattutto) della giurisprudenza costituzionale – non è privo di linearità e rigore:

³⁸ In tema cfr. A. PERTICI, *I decreti legislativi di attuazione*, cit., 505; M. SIAS, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., 41 ss., che mette in evidenza la problematicità del riferimento alla tesi della interposizione normativa in relazione ai casi in cui le norme di attuazione intervengano in assenza di un chiaro ed esplicito fondamento statutario: è il caso delle c.d. norme *praeter statutum*, su cui si soffermerà più avanti.

L’introduzione delle disposizioni di attuazione tra le c.d. “norme interposte” nel giudizio di costituzionalità – non presente nella prima formulazione della teoria, risalente, come è noto, a C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, Milano, 1957 – è ormai comune: cfr., al riguardo, M. SICLARI, *Le «norme interposte nel giudizio di costituzionalità»*, cit., 131 ss.

³⁹ A. PERTICI, *I decreti legislativi di attuazione*, cit., 505.

⁴⁰ Sul “blocco di costituzionalità” nell’esperienza francese cfr., ad es., P. PASSAGLIA, *La giustizia costituzionale in Francia*, in *Esperienze di giustizia costituzionale* a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, I, Torino, Giappichelli, 2000, 199 ss., part. 213 ss. In questa esperienza, tuttavia, con l’espressione in esame ci si riferisce come è noto ad una nutrita congerie di materiali normativi che trova il suo cuore nel *Preambolo* alla Costituzione del 1958 e nei materiali cui lo stesso fa rinvio, come la *Dichiarazione* del 1789, il *Preambolo* della Costituzione del 1956 e i “principi fondamentali riconosciuti dalla legge della Repubblica”. Alla tesi esposta nel testo si richiama evidentemente la recente sent. 65/2019, che discorre di “blocco statutario”.

⁴¹ A. PERTICI, *I decreti legislativi di attuazione*, cit., 506-507.

mostra il peculiare regime giuridico di un fonte primaria dell'esecutivo, evidenziando il fondamento della deroga al principio della primazia delle assemblee rappresentative nella produzione normativa di cui la medesima è portatrice, nella attuazione del principio di specialità cristallizzato nell'art. 116, primo comma, Cost., ed in ciascuno degli statuti speciali. Dinanzi ad una peculiare fonte atipica che giustifica il proprio procedimento in ragione delle peculiarità dell'ambito competenziale ad essa assegnato, peraltro, non è possibile non indagare più a fondo il nodo della delimitazione dei confini di tale ambito. Quando ci si confronta con le tendenze della giurisprudenza costituzionale concernenti i possibili temi che possono costituire oggetto dei decreti legislativi di attuazione – andando al di là di mere enunciazioni ricostruttive⁴² – la linearità sopra richiamata rischia però di entrare in crisi.

Conviene partire dalle disposizioni normative, nelle quali è complessivamente possibile individuare due *poli tematici* la cui disciplina è affidata alle norme di attuazione: il primo è quello del «*passaggio degli uffici e del personale dallo Stato alla Regione*»⁴³, mentre il secondo è rappresentato dalla più generica espressione della «*attuazione*» statutaria⁴⁴.

La prima espressione fa riferimento, evidentemente, alla iniziale attuazione dello Statuto, ed all'esigenza di assicurare alle nascenti autonomie speciali le risorse necessarie per l'esercizio delle funzioni assegnate, che in precedenza erano svolte dallo Stato e dalla sua amministrazione⁴⁵. Si tratta, in altre parole, di una previsione analoga a quella contenuta nel comma terzo dell'VIII tra le *Disposizioni transitorie e finali* della Costituzione, e ivi riferita alle Regioni ordinarie⁴⁶. Tale circostanza – avvalorata anche dal testo dello Statuto siciliano, che qualifica espressamente come «*transitorie*» le norme volte al “passaggio degli uffici” – certo sostiene l'idea, più sopra ricordata, secondo la quale le disposizioni di attuazione fossero utilizzabili soltanto nella fase di avvio dell'esperienza regionale, anche se non può certo escludersi che analoghe esigenze si possano manifestare successivamente, in occasione del trasferimento di ulteriori funzioni.

⁴² Si veda, a mero titolo di esempio, quella reperibile nella sent. n. 260/1990, su cui cfr., approfonditamente, M. SIAS, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., 31 ss.

⁴³ Così negli artt. 56 St. Sard., e 43 St. sic., ove le medesime norme sono inoltre definite «*transitorie*». Nell'art. 65 St. Fr. si attribuisce alle norme di attuazione, con una formula non perfettamente sovrapponibile alle altre, il compito di disciplinare il «*trasferimento all'Amministrazione regionale degli uffici statali che nel Friuli-Venezia Giulia adempiono a funzioni attribuite alla Regione*».

⁴⁴ Fanno parziale eccezione il caso della Valle d'Aosta, nel cui Statuto, oltre a scomparire qualunque cenno ascrivibile al primo nucleo tematico, si attribuisce alla fonte *de qua* il compito di «*armonizzare la legislazione nazionale con l'ordinamento della regione Valle d'Aosta*» (art. 48-bis), e quello del Trentino-Alto Adige, ove si rinvia esclusivamente alla «*attuazione dello Statuto*» (art. 107).

⁴⁵ In tema cfr. la ancora interessante analisi di P. GASPARRI, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., 142 ss.

⁴⁶ In tema cfr. P. SCARLATTI, *Diritto costituzionale transitorio*, cit., 107 ss. Per l'inapplicabilità dell'VIII delle Disposizioni transitorie e finali alle Regioni speciali (ed in particolare alla Regione Sardegna) cfr. la sent. n. 22/1961 della Corte costituzionale.

Strettamente connesso al tema del trasferimento delle risorse è peraltro quello, forse anche più importante, del trasferimento delle *funzioni* destinate ad essere svolte dall'amministrazione regionale⁴⁷. Al riguardo la Corte costituzionale ha evidenziato come la spettanza regionale delle competenze statutarie «*non è di per sé sufficiente*» a consentire «*l'esercizio in concreto delle medesime*», ove esse «*abbiano attinenza*» con l'ordinamento e le funzioni di uffici statali, dovendosi invece attendere l'intervento del relativo decreto di attuazione, «*al quale esclusivamente spettano le determinazioni necessarie per l'inizio delle attività regionali*» (Corte costituzionale, sent. 9 maggio 1961, n. 22). La ragione, concernente la ricordata «*attinenza*» con struttura e compiti dell'amministrazione statale, è presto detta: «*Il trasferimento delle funzioni, anche quando non importi passaggio di uffici dall'uno all'altro ente, richiede, tuttavia, una serie di predisposizioni relative alla determinazione della data del trasferimento stesso, alla definizione delle pratiche in corso, alla ripartizione degli oneri finanziari, ed anche, a volte, al coordinamento delle attività trasferite con quelle rimaste allo Stato, che in nessun caso possono rimanere affidate alla legge regionale*»⁴⁸.

Fermo restando che anche l'ipotesi appena delineata rappresenta una «attuazione dello Statuto»⁴⁹, è necessario cercar di capire cos'altro possa rientrare in tale categoria, per riempire di contenuto la previsione statutaria, sopra ricordata, che delinea l'ambito competenziale attribuito alla fonte. Al riguardo si può innanzi tutto menzionare l'ipotesi della specificazione e precisazione della portata delle materie statutariamente attribuite alla Regione, nonché quello della individuazione e del trasferimento di funzioni amministrative che, in virtù del principio del parallelismo, spettano alle medesime. È agevole mostrare, peraltro, che il primo obiettivo è talvolta conseguito (magari in modo «preintenzionale») tramite norme del secondo tipo, poiché – proprio in virtù del citato principio del parallelismo – gli ambiti della competenza regionale di tipo legislativo ed amministrativo, in base allo Statuto, non possono che essere coestensivi: di talché il trasferimento di una funzione amministrativa alla Regione speciale si

⁴⁷ In tema cfr. P. GASPARRI, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., 155-156, nonché, più di recente, M. SIAS, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., 131 ss.

⁴⁸ Così sempre Corte cost., sent. 22/1961, par. 1 del *Considerato in diritto*. In quegli anni si sviluppa una complessa giurisprudenza costituzionale volta a discernere i casi in cui i decreti di attuazione siano necessari ai fini dell'esercizio delle funzioni amministrative da parte della Regione da quelli in cui invece ciò non accade. In tema cfr. M. SIAS, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, 161 ss., nonché R. CHIEPPA, *Le esperienze delle commissioni paritetiche*, cit., 1061.

È peraltro interessante notare come la sopra citata Corte cost., sent. 22/1961 ritenga che, almeno nei casi delle materie di cui all'art. 3, lett. d) ed e), dello Statuto della Regione Sardegna la intermediazione delle norme di attuazione sia resa comunque necessaria dal *testo* delle disposizioni statutarie, a prescindere dalla questione del rapporto con l'amministrazione statale, probabilmente in quanto la fonte di cui all'art. 56 St. Sard. viene ritenuta l'unica in grado di specificare cosa debba intendersi per «piccole» bonifiche (lett. d) e opere di «esclusivo interesse» regionale (lett. e).

⁴⁹ Cfr. P. GASPARRI, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., 142.

traduce (implicitamente ma chiaramente) nel riconoscimento della sussistenza di una competenza legislativa della stessa avente ad oggetto il medesimo ambito, ovviamente assoggettata ai limiti, nei rapporti con la legge statale, che derivano a carico del tipo di competenza statutariamente interessata.

Ancora, le norme di attuazione possono riguardare la disciplina di dettaglio di specifici istituti particolari previsti dalle norme statutarie, la regolazione delle relazioni tra Stato e Regione⁵⁰, o, ancora, le relazioni tra i rispettivi ordinamenti⁵¹. Più in generale, è possibile discorrere di “attuazione” degli statuti tutte le volte in cui si dettano norme volte a rendere le previsioni dei medesimi non solo operative ed efficaci, ma anche *maggiormente* o *diversamente* operative ed efficaci.

3.2. *Il problema delle norme praeter statutum*

Come si vede, non sono pochi gli spazi che i percorsi sopra evocati aprono alle disposizioni di attuazione. La giurisprudenza costituzionale ha tuttavia interpretato in modo ulteriormente estensivo l'ambito competenziale delle stesse, riconoscendo ad esse, in particolare, la possibilità di contenere quelle che ormai vengono usualmente definite norme *praeter statutum*. Con questa espressione i giudici di Palazzo della Consulta inizialmente fanno riferimento ai «casi, nei quali, pur non prospettando un manifesto contrasto, la norma di attuazione ponga un precetto nuovo, non contenuto neppure implicitamente nella norma costituzionale»⁵²: per la Corte costituzionale (sent. 15 giugno 1956, n. 14) tali circostanze «mal si prestano» ad una classificazione generale, richiedendo piuttosto «decisioni di specie», dalle quali potrà eventualmente scaturire una declaratoria di illegittimità costituzionale per incompetenza. È da notare, peraltro, che la qualifica di norme “*praeter statutum*”, per le quali si rinvia al *case-by-case assessment*, paiono riservate dalla decisione in parola a previsioni che non rientrano nel campo dello Statuto *nemmeno per implicito*: ciò che evidentemente rischierebbe di proiettare la fonte *de qua* oltre la competenza costituzionalmente assegnatagli, con il risultato di determinare uno *stress* del principio della centralità parlamentare nella produzione delle fonti primarie non coperto dall’“ombrello” rappresentato dall’art. 116 Cost.⁵³.

⁵⁰ M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 123.

⁵¹ Così M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 125, in riferimento ad interventi “di attuazione” volti a rendere operative deroghe all’ordinamento generale previste da norme statutarie.

⁵² Sent. n. 14/1956, par. 2 del *Considerato in diritto*.

⁵³ Quella appena accennata è, in effetti, solo una delle interpretazioni possibili del sopra richiamato passaggio giurisprudenziale. Il medesimo potrebbe infatti leggersi anche nel senso che le norme in questione, pur rientrando nel campo di esplicazione di una previsione statutaria (una materia, un istituto dalla medesima disciplinato), introducono uno specifico precetto in questa non contenuto. Altra ipotesi potrebbe essere quella di ritenere che, nella categoria *de qua*, la Corte intenda includere tutti quei casi di disposizioni di attuazione che non rappresentano né uno sviluppo

Già nella immediatamente successiva sent. n. 20/1956, tuttavia, l'*arrêt* appena citato viene irrobustito e modificato significativamente. Si afferma infatti che per le norme *praeter statutum* – tali cioè da aver «integrato le disposizioni statutarie od (...) aggiunto ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano» – sia necessario «vedere se queste integrazioni od aggiunte concordino innanzi tutto con le disposizioni statutarie e col fondamentale principio dell'autonomia della Regione, e se inoltre sia giustificata la loro emanazione dalla finalità dell'attuazione dello Statuto»: come si vede, i confini competenziali dell'attuazione statutaria non sono delineati soltanto in ragione delle norme esplicitamente poste dallo Statuto, ma anche in funzione della fondamentale *ratio* autonomistica che trova forma in norme *comunque desumibili dal tessuto statutario*, esplicitamente o almeno implicitamente. In sintesi: le norme di attuazione non sono vincolate al semplice “svolgimento” di questa o quella disposizione dello Statuto, ma possono anche andare oltre, purché trovino comunque fondamento in norme che almeno implicitamente possano essere fatte risalire a quest'ultimo⁵⁴.

Tale ultima conclusione, del resto, appare obbligata sol che si consideri la vistosa eccezione ai consueti meccanismi della produzione normativa primaria di cui le disposizioni di attuazione sono espressione: ragione questa peraltro che, come accennato, dovrebbe spingere quantomeno a “sorvegliare” i confini esterni della competenza di tale fonte, per evitare compressioni al principio della primazia parlamentare nella normazione primaria che non siano autorizzate dalle norme costituzionali vigenti⁵⁵.

Bisogna di contro rilevare che, tutto all'opposto, la giurisprudenza costituzionale tende invece a valutare l'ambito assegnato alla attuazione statutaria con «generosità», ciò che «rende (...) porosi i confini, superati i quali, viene meno la

di norme già contenute nello Statuto (*«secundum legem»*, nel lessico della sentenza in questione), né una diretta violazione di queste ultime, ricomprendendo così sia il tipo di previsioni illustrato nel testo, che quello ipotizzato nella presente nota. Il che spiegherebbe peraltro il rinvio al *case-by-case assessment*, posto che solo le seconde (e non invece le prime) rientrerebbero nell'ambito competenziale affidato alla fonte in discorso.

⁵⁴ In dottrina sono reperibili impostazioni anche più rigorose di quella accennata nel testo. Si vedano, ad es., F. MODUGNO, S. NICCOLAI, *Atti normativi*, cit., 12, secondo i quali i decreti di attuazione «non possono di per sé prescindere da un qualche collegamento con le disposizioni statutarie di cui costituiscono attuazione, pena la loro illegittimità»: il che porterebbe ad escludere la legittimità costituzionale di decreti volti ad “attuare” norme implicitamente riconducibili allo Statuto, tali da non godere di un esplicito fondamento testuale. La posizione è probabilmente troppo rigida, poiché ove una norma statutaria vi sia, anche in assenza di una sua base testuale specifica, il radicamento delle fonti in esame nelle condizioni particolari di autonomia previste dagli statuti speciali in base all'art. 116 Cost. dovrebbe essere ritenuto sufficiente a fondare la competenza della fonte.

⁵⁵ Tale profilo appare invece sottovalutato da chi giunge ad estendere la competenza delle norme di attuazione fino a comprendere «qualsiasi ambito» che riguardi il «territorio» della Regione speciale interessata (così M. SIAS, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., 47), rendendo però in tal modo davvero impalpabile il legame con la fonte statutaria.

competenza, e dunque la prevalenza» della fonte in questione⁵⁶. Si è efficacemente rilevato, dunque, che nella prassi essa può operare anche in «campi diversi» da quello della “attuazione” vera e propria, purché tali campi «abbiano un collegamento con le previsioni statutarie e – prima ancora – con le esigenze proprie della specialità regionale e con la realizzazione del principio di autonomia⁵⁷. In sintesi, forse proprio perché il decreto legislativo di attuazione è frutto delle pratiche collaborative tra i titolari del potere di impugnazione in via principale, e perché, pertanto, rappresenta la migliore attuazione possibile dell’autonomia speciale, la Corte costituzionale non appare particolarmente propensa ad assicurare che esso si mantenga nei limiti ad esso assegnati dallo Statuto⁵⁸.

3.3. *Norme di attuazione extra statutum? Il caso degli accordi sulla finanza pubblica e quello del trasferimento di funzioni amministrative in base alla c.d. “clausola di maggior favore”*

La tendenza di rinviare a decreti di attuazione per ambiti ulteriori rispetto a quello nel quale dovrebbero rimanere confinati assume però anche altre forme. Un primo caso che è possibile menzionare è quello della attribuzione di importanti funzioni amministrative in ambiti certamente esterni a quello statutari a seguito degli accordi in materia finanziaria che negli ultimi anni lo Stato ha stipulato con diverse Regioni ad autonomia particolare.

Come è noto, tutti gli statuti speciali eccetto quello della Regione siciliana prevedono la possibilità della modifica delle loro parti concernenti l’assetto dei rapporti finanziari tra Stato e singola autonomia speciale tramite legge ordinaria, sulla base di una previa fase collaborativa tra Stato e Regione (o Provincia autonoma) interessata, disciplinata in modo differente nei vari statuti⁵⁹. Tali previsioni nell’ultimo decennio hanno avuto una importante attuazione per le Regioni Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia e Valle d’Aosta⁶⁰.

⁵⁶ M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit., 152. Il “top” della generosità è stato probabilmente raggiunto con la recentissima sent. n. 65/2019, nella quale si riconosce che le norme di attuazione possano estendere le competenze legislative regionali in ambiti non “coperti” dagli statuti.

⁵⁷ P. GIANGASPERO, *I decreti di attuazione degli statuti speciali*, cit., 114.

⁵⁸ Cfr. F. PALERMO, *Non expedit della Corte al controllo di costituzionalità delle norme di attuazione degli Statuti speciali*, cit.

⁵⁹ Cfr., in part: l’art. 104 St. TTAA, l’art. 63 St. FVG, l’art. 63 St. Sard. e l’art. 48-bis St. VdA.

⁶⁰ Sull’argomento cfr., tra gli altri, G. RIVOCCHI, *Finanza delle autonomie speciali e vincoli di sistema*, in *Rivista AIC*, 1/2016, parr. 3 e 4; G. PERNICIARO, *Le fonti dell’autonomia finanziaria delle regioni speciali. “Prima” dei decreti legislativi di attuazione: gli accordi bilaterali*, nel volume *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” Università degli Studi di Milano-Bicocca (10-11 giugno 2011), a cura di M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Giappichelli, 2011. 427; E. VIGATO, *L’attuazione del federalismo fiscale nelle Regioni speciali. Il passaggio del testimone di funzioni e responsabilità*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2011; G. Meloni, *La “contrattualizzazione”*

A “rompere il ghiaccio” è stata la Regione Trentino-Alto Adige, con il c.d. Accordo di Milano del 30 novembre 2009, a seguito del quale è stato adottato l’art. 2, commi da 106 a 126, della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2010*). A tale primo intervento hanno fatto seguito altri due accordi, rispettivamente confluiti nella legge 23 dicembre 2013, n. 147 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2014*) e nella legge 23 dicembre 2014, n. 190 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2015*), nonché analoghi accordi intervenuti per il Friuli-Venezia Giulia e la Valle d’Aosta rispettivamente il 29 ottobre e l’11 novembre 2010, recepiti ambedue con la legge 13 dicembre 2010, n. 220 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2011*)⁶¹. In questa sede non si prenderà in esame il contenuto di ciascuno di questi accordi e delle disposizioni normative che li recepiscono⁶²: ci si concentrerà esclusivamente sul “caso-pilota” rappresentato dall’Accordo di Milano, per la particolare rilevanza che riveste in questa sede.

Le disposizioni contenute nella legge n. 191 del 2009 che recepiscono tale accordo hanno modificato, in attuazione della “norma di decostituzionalizzazione” sopra menzionata, gli artt. 75 ss. dello statuto speciale di autonomia. Le nuove previsioni introducono una articolata disciplina tributaria – che qui non è possibile ripercorrere neanche per sommi capi – di deciso favore nei confronti della Regione e delle Province autonome, cui si affianca la individuazione tassativa delle modalità di concorso delle stesse «*al conseguimento degli obiettivi di perequazione e di solidarietà e all’esercizio dei diritti e dei doveri dagli stessi derivanti nonché all’assolvimento degli obblighi di carattere finanziario posti dall’ordinamento comunitario, dal patto di stabilità interno e dalle altre misure di coordinamento della finanza pubblica stabilite dalla normativa statale*», affidandosi inoltre al “metodo dell’accordo” con il Ministro dell’economia per l’individuazione della misura del loro concorso agli obiettivi di finanza pubblica.

Quale “contropartita” economica di tali vantaggi – a titolo di «*concorso finan-*

delle competenze nelle regioni a statuto speciale. Il caso del c.d. Accordo di Milano per il Trentino-Alto Adige. Contributo per la ricerca del gruppo di studio di Astrid «Dove va il regionalismo», nel volume Il governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali a cura di L. Vandelli, Bologna, il Mulino, 2012, 435 ss.

⁶¹ ...della quale si vedano in particolare l’art. 1, comma 151-159 (per la Regione Friuli-Venezia Giulia) e commi 160-164 (per la Regione Valle d’Aosta).

⁶² La “stagione degli accordi” in materia finanziaria, peraltro, non è terminata con quelli più sopra menzionati, avendo avuto un proseguimento negli anni successivi, sia pure in forme almeno in parte diverse. Si vedano, al riguardo, gli accordi stipulati dal Governo con la Regione siciliana (9 giugno 2014), con la Regione Sardegna (21 luglio 2014 e 24 febbraio 2015), di nuovo con la Regione Trentino-Alto Adige e le due Province autonome (15 ottobre 2004), con la Regione Friuli-Venezia Giulia (23 ottobre 2014), nonché di nuovo con la Regione siciliana (il 20 giugno 2016 e, da ultimo, il 19 dicembre 2018). Anche se sul tema non è possibile soffermarsi in questa sede, occorre comunque precisare che, in linea di massima, si tratta di accordi di portata inferiore rispetto a quelli degli anni precedenti, e aventi comunque uno statuto giuridico tra loro non omogeneo.

ziario ulteriore al riequilibrio delle finanze pubbliche»⁶³ – le Province autonome assicurano il finanziamento di importanti funzioni, in alcuni casi già esercitate dalle medesime (come ad es. quelli relativi alla *Libera Università di Bolzano*), in altri – e si tratta delle vicende qui maggiormente rilevanti – appositamente affidate alle Province stesse con il meccanismo della “delega” di cui agli artt. 16 e 17 dello Statuto, che riguardano esplicitamente materie estranee al medesimo, e che – proprio in virtù di ciò, dovrebbero avvenire «con legge»⁶⁴. Le funzioni delegate, peraltro, vengono specificamente individuate con norme di attuazione, adottate mediante appositi decreti legislativi⁶⁵: con l’evidente esito di irrigidire la fisionomia della delega di funzioni rispetto a quanto prefigurato dallo stesso modello statutario⁶⁶.

Un altro caso sul quale conviene spendere qualche considerazione in più riguarda il trasferimento di funzioni amministrative che alle Regioni speciali spettano per effetto della entrata in vigore della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*).

Come è noto, l’art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 prevede l’applicazione

⁶³ Così l’art. 79, comma 1, lett. c), St. TTA, come modificato dall’art. 1, comma 107, della legge n. 191 del 2009.

⁶⁴ Cfr., in part., il comma 122 dell’art. 1 della legge n. 191 del 2009, che delega alla Provincia di Trento le funzioni in materia di Università, nonché il successivo comma 123, che delega alle Province autonome – pur senza esplicito riferimento agli artt. 16 e 17 dello Statuto – le funzioni in tema di cassa integrazione guadagni, disoccupazione e mobilità.

⁶⁵ Si vedano, al riguardo, il d.lgs. 18 luglio 2011, n. 142 (*Norme di attuazione dello statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige recanti delega di funzioni legislative ed amministrative statali alla Provincia di Trento in materia di Università degli studi*) e il d.lgs. 5 marzo 2013, n. 28 (*Norma di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige concernente disposizioni per l’attuazione delle delega in materia di cassa integrazione guadagni, disoccupazione e mobilità, conferita dall’articolo 2, comma 124, della legge 23 dicembre 2009, n. 191*). Per una collocazione delle vicende conseguenti all’“Accordo di Milano” in tema di Università, nel contesto dell’evoluzione dell’ordinamento della Regione Trentino-Alto Adige sul tema cfr. M. Cosulich, *Trentino-Alto Adige*, in *Il governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali* a cura di L. Vandelli, cit., 291 ss., part. 298-299.

⁶⁶ Si potrebbe probabilmente ritenere che tale “irrigidimento” non opererebbe nel caso di secca “abrogazione” della norma legislativa di delega, poiché le disposizioni di attuazione hanno evidentemente (ed esplicitamente) quest’ultima come proprio presupposto. Tuttavia ben si potrebbe immaginare l’ipotesi in cui, ferma restando la delega, con fonte legislativa ordinaria si volesse configurare diversamente quest’ultima rispetto alle scelte effettuate con le disposizioni di attuazione. In tale eventualità si potrebbe in effetti ritenere il legislatore ordinario impossibilitato a modificare l’assetto in esse definito. Analogamente è possibile ragionare con riferimento alle norme che disciplinano direttamente l’Università bolzanina nel d.lgs. n. 142 del 2011. Esprime perplessità sulla vicenda in questione anche G. MELONI, *La «contrattualizzazione» delle competenze nelle Regioni a statuto speciale*, cit., 437-438, il quale nota come con una legge ordinaria, «seppur fondata su un atto bilaterale», si sia giunti a «determinare un ampliamento delle competenze regionali e provinciali in ambiti materiali non ricompresi nelle attribuzioni statutariamente previste», anche se per questa ragione ci si è trovati costretti a «degradare, almeno formalmente, il titolo del conferimento delle nuove competenze alla mera delega delle funzioni».

delle norme della medesima legge costituzionale anche alle Regioni speciali ed alle Province autonome, per le parti contenenti istituti di maggiore autonomia. Le modalità di applicazione di tale norma sono state molto discusse in dottrina. Un aspetto che tuttavia forse meritava maggiore attenzione è quello della sua “interazione” con le disposizioni degli statuti speciali che disciplinano le norme di attuazione. In particolare, rileva qui il problema se, per il trasferimento di nuove funzioni amministrative alle Regioni speciali in attuazione dell’art. 118 Cost. ed in virtù della clausola di adeguamento automatico, sia necessario il ricorso alle norme di attuazione ovvero sia possibile procedere direttamente con legge statale, secondo quanto avviene per le Regioni ordinarie.

Sul punto conviene prendere le mosse dalla giurisprudenza costituzionale. I percorsi seguiti da quest’ultima con riferimento all’art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 si imperniano su quello che potrebbe essere qualificato il “principio di unitarietà degli istituti”. Questo principio, desumibile dalla giurisprudenza costituzionale (ma mai formulato espressamente nella versione che segue), implica che gli istituti giuridici regolanti i rapporti tra gli enti territoriali nel nuovo Titolo V e nei vecchi statuti speciali possono trovare applicazione alle Regioni ad autonomia particolare solo ove essi siano considerati nella loro unitarietà, comprensiva sia degli aspetti più favorevoli che di quelli meno favorevoli per l’autonomia regionale: sia delle facoltà che dei limiti che essi comportano. È viceversa precluso un approccio “disarticolante”, che punti a costruire gli istituti giuridici ibridando i modelli statutari con quelli costituzionali. Ciò comporta, evidentemente, che la “valutazione di maggiore autonomia” destinata a determinare gli esiti dell’applicazione dell’art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 deve essere compiuta comparando gli istituti presi nella loro complessità, e non singoli aspetti degli stessi⁶⁷.

Seguendo questa linea di ragionamento l’attribuzione delle “nuove” funzioni ex art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 non dovrebbe seguire la via delle disposizioni di attuazione degli statuti. Per tali funzioni le autonomie speciali parteciperebbero senz’altro del “pacchetto” che contraddistingue la posizione costituzionale delle Regioni ordinarie. L’art. 11 della legge 3 giugno 2003 n. 131 (*Disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*) ha tuttavia scelto una via differente, disponendo al secondo comma che «*le Commissioni paritetiche previste dagli statuti delle Regioni a statuto speciale, in relazione alle ulteriori materie spettanti alla loro potestà legislativa ai sensi dell’articolo 10 della citata legge costituzionale n. 3 del 2001, possono proporre l’adozione delle norme di attuazione per il trasferimento dei beni e delle risorse strumentali, finanziarie, umane e organizzative, occorrenti all’esercizio delle ulteriori funzioni amministrative*». Tale disposizione è

⁶⁷ In tal senso, da diversi punti di vista, cfr. Corte cost., sentt. n. 51/2006, nonché n. 274/2003; e, in maniera conforme, tra le tante, Corte cost., sentt. n. 411/2008; n. 45/2011; n. 221/2010; n. 114/2011; n. 74/2012; n. 187/2013.

stata valorizzata sia dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dalla sentenza 8-19 luglio 2004, n. 236, che dalla prassi successiva. Secondo l'interessante studio condotto da Annamaria Poggi nel 2015⁶⁸, per alcune delle Regioni speciali si è verificato un intenso uso nelle norme di attuazione a tale fine. Ad esempio, per la Regione Friuli-Venezia Giulia dei 17 decreti legislativi di attuazione adottati successivamente al 2001 quasi tutti sarebbero in qualche modo frutto dell'applicazione della clausola di adeguamento automatico, che risulta anzi esplicitamente menzionata nelle premesse del d.lgs. 10 dicembre 2010, n. 255 (*Norme di attuazione dello statuto speciale della regione autonoma Friuli-Venezia Giulia concernenti il trasferimento di beni immobili e di impianti, a norma dell'articolo 10 della legge 27 ottobre 1966, n. 910*)⁶⁹.

L'art. 11 della legge n. 131 del 2003, peraltro, è stato convincentemente criticato in dottrina da chi ha espresso dubbi sia con riferimento alla possibilità di disporre, con legge ordinaria, della fonte costituita dalle norme di attuazione, sia sull'appiattimento che la disposizione menzionata effettua della relativa procedura su quella prevista solo da alcuni degli statuti speciali⁷⁰. Il primo punto risulta di particolare importanza, poiché dovrebbero esserci pochi dubbi sulla circostanza secondo la quale la legge ordinaria non può disporre della competenza delle norme di attuazione, che – come è noto e come si è visto – è definita da norma di rango costituzionale. Di talché delle due l'una: o le disposizioni di attuazione degli statuti *non dispongono della competenza* per disciplinare i trasferimenti *ex art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001*, in quanto estranei a quelle «*forme e condizioni particolari di autonomia*» rispetto alle quali sono strumentali (ed è la tesi che qui si sostiene); oppure disponevano di questa competenza già in precedenza e a prescindere dalle scelte della c.d. “Legge La Loggia”.

Ebbene, tornando ora al problema dal quale il presente paragrafo prende le mosse, non si può non rilevare come il trasferimento di funzioni amministrative alle autonomie speciali nelle materie che spettano alle Regioni in base all'art. 117 Cost.,

⁶⁸ A. POGGI, *Le funzioni legislative e amministrative nelle autonomie speciali, tra vecchie e nuove fonti e realtà effettiva*, in *Federalismi.it*, n. 22/2015.

⁶⁹ Per la Regione Sardegna vale invece la pena di segnalare il d.lgs. 17 aprile 2001, n. 234 (*Norme di attuazione dello Statuto speciale della regione Sardegna per il conferimento di funzioni amministrative, in attuazione del Capo I della legge n. 59 del 1997*). Si tratta dell'atto normativo che ha disposto il trasferimento alla Regione Sardegna ed agli enti locali presenti nella medesima le funzioni e i compiti trasferiti agli enti territoriali “ordinari” dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*). È pur vero che tale atto normativo interviene prima della riforma costituzionale del 2001. Tuttavia esso conferisce alle Regioni ordinarie spazi competenziali sicuramente ulteriori rispetto a quelli posseduti dalle Regioni speciali (...e certamente dalla Regione Sardegna, per quel che qui interessa): spazi che – all'indomani dell'entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001 – potranno sovente ritenersi costituzionalmente spettanti sia alle ordinarie che – in forza della c.d. “clausola di maggior favore” – alle speciali.

⁷⁰ Per un approfondimento del tema cfr. M. SIAS, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., 183 ss., che esprime dubbi sulla legittimità dell'art. 11 della legge n. 131 del 2003

come modificato dalla legge cost. n. 3 del 2001, in base alla clausola di maggior favore, riguarda un ambito “tabularmente” estraneo allo Statuto, e dunque certamente ulteriore rispetto alla sua “attuazione”. In tali circostanze, dunque, la prassi corroborata dalla giurisprudenza costituzionale certifica la “esondazione” della fonte *de qua* rispetto ai propri ambiti competenziali. Se da ciò derivi la conseguenza della resistenza passiva delle norme adottate tramite i decreti di attuazione rispetto a successive norme legislative ordinarie che volessero intervenire nuovamente sul punto, è tema ulteriore, che meriterebbe di essere approfondito più di quanto non sia possibile in questa sede. Ad ogni modo, la risposta appare evidentemente quale variabile dipendente del tema accennato più sopra, inerente il modo in cui si ritiene di disegnare l’ambito di competenza della fonte qui esaminata⁷¹.

4. *Il procedimento di approvazione ed il ruolo della Commissione paritetica*

4.1. *Le previsioni normative e le tendenze uniformanti in dottrina e giurisprudenza*

È a questo punto necessario approfondire il tema delle peculiarità procedurali che, unite alla competenza riservata, consentono di annoverare le norme di attuazione tra le c.d. “fonti atipiche”. Sul punto è però necessaria una premessa: come si vedrà, le varie previsioni statutarie configurano procedimenti talvolta anche significativamente distanti gli uni rispetto agli altri, almeno con

⁷¹ Rimandando ad altra sede l’approfondimento del tema, un più generale caso di utilizzazione delle disposizioni di attuazione rispetto all’ambito loro costituzionalmente attribuito per competenza potrebbe riguardare il noto art. 27 della legge 5 maggio 2009, n. 42 (*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell’articolo 119 della Costituzione*) – che rinvia alle disposizioni di attuazione degli statuti speciali per il loro concorso «al conseguimento degli obiettivi di perequazione e di solidarietà ed all’esercizio dei diritti e doveri da essi derivanti, nonché al patto di stabilità interno e all’assolvimento degli obblighi posti dall’ordinamento comunitario». Ebbene, nella misura in cui tale disposizione si riferisce ad ambiti ascrivibili al coordinamento della finanza pubblica, tale previsione costituisce una autolimitazione del legislatore statale, poiché i contenuti riferibili a tale ambito sarebbero stati declinabili anche per le autonomie speciali in via unilaterale in forza della affermazione reperibile nella giurisprudenza costituzionale secondo la quale tale titolo di intervento del legislatore statale è utilizzabile anche nei confronti degli delle Regioni ad autonomia particolare e delle Province autonome (sul punto cfr. G. VERDE, *Norme di attuazione e commissione paritetica*, cit., 203). Tale tendenza giurisprudenziale è presente, tra le altre, nelle sentenze della Corte costituzionale 20-26 gennaio 2004, n. 36; 5-16 marzo 2007, n. 82; 18 aprile-17 maggio 2007, n. 169; 9-14 novembre 2005, n. 417; 24-27 marzo 2014, n. 54 del 2014; 19-22 luglio 2001, n. 229; 15-25 novembre 2004, n. 353; 10-25 febbraio 2015, n. 46; 24 marzo-13 maggio 2015, n. 77. La tendenza e si è peraltro di recente irrobustita: si veda, ad es., Corte costituzionale, sent. 21 marzo-23 maggio 2018, n. 104 (par. 6.1. del *Considerato in diritto*). In dottrina cfr. M. SALVAGO, *I nuovi controlli della Corte dei conti sulla gestione finanziaria regionale (art. 1, d.l. n. 174 del 2012) nei più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 19/2015, 15 e 16, e G. RIVOSECCHI, *Finanza delle autonomie speciali e vincoli di sistema*, cit., part. 11 ss.

riguardo al ruolo che pare assegnato alla Commissione paritetica. Nonostante ciò le tendenze decisamente predominanti nella giurisprudenza costituzionale, nella prassi e nelle ricostruzioni dottrinali è senz'altro quella di trattare l'*insieme* degli strumenti normativi previsti nei diversi Statuti quale un'*unica tipologia* di fonte del diritto, caratterizzata da un procedimento sostanzialmente convergente – anche con riguardo al ruolo della Commissione – in un singolo modello.

Andando *in medias res*, è possibile evocare innanzi tutto lo Statuto friulano-giuliano e quello della Regione Trentino-Alto Adige, i quali dispongono che le norme di attuazione saranno adottate mediante decreti legislativi «*sentita*» la Commissione paritetica (cfr., rispettivamente, gli artt. 65 e 107). Lo statuto della Regione siciliana, quello della Regione Sardegna e quello della Regione Valle d'Aosta paiono invece assegnare alla Commissione un ruolo di maggior peso, dal momento che questa è chiamata a «*determinare*» le norme di attuazione nel primo caso (art. 43), a «*proporre*» le medesime nel secondo (art. 56) e ad «*elaborare*» gli «*schemi dei decreti legislativi*» nel terzo (art. 48-*bis*). L'art. 56 St. Sard. prevede inoltre la acquisizione di un parere da parte del Consiglio regionale. Ebbene, in tutti e tre i casi appena menzionati si deve comunque escludere, ovviamente, un obbligo del Governo di adottare il testo della Commissione, le disposizioni statutarie richiamate paiono configurare un vero e proprio procedimento, o quantomeno tale da richiedere una *condivisione sostanziale* delle norme di attuazione da parte della Commissione⁷²: ciò che dovrebbe concludere nel senso della esclusione della possibilità, per il Consiglio dei ministri, di approvare norme di attuazione che non abbiano ottenuto il consenso – magari successivo – della prima⁷³.

Nonostante le differenze appena richiamate, come già si accennava più sopra prassi, giurisprudenza costituzionale e dottrina mostrano tuttavia una concorde tendenza a trattare il menzionato profilo procedimentale in modo sostanzialmente convergente, talvolta anche a dispetto delle richiamate differenze tra le norme statutarie.

⁷² Sul punto la dottrina più risalente non aveva anzi mancato marcare l'accento sulla necessità di un vero «accordo» tra Commissione e Governo.

⁷³ L'analisi testuale della disposizione sarda non offre invece indicazioni dirimenti circa la successione temporale del parere del Consiglio regionale e della deliberazione del Consiglio dei ministri. Il primo potrebbe essere sia *precedente* che *successivo* alla seconda. La prassi, tuttavia, è decisamente orientata nel senso del primo corno dell'alternativa: almeno nell'ultimo ventennio dalle premesse dei decreti legislativi di attuazione si evince che il procedimento prende le mosse dalla «*proposta*» della Commissione, transita per un successivo «*parere*» del Consiglio regionale cui succede la «*deliberazione*» del Consiglio dei ministri. Nel periodo considerato solo il d.lgs. 18 luglio 2011, n. 140 (*Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione autonoma della Sardegna in materia di sanità penitenziaria*) parrebbe essere stato esitato a seguito di un procedimento che ha visto intervenire un parere del Consiglio regionale *prima* del passaggio in Commissione, magari (è possibile ritenere) a seguito di una iniziativa della Giunta. In tal senso cfr. M. SIAS, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., 88, il quale evidenzia come la prassi consolidatasi nell'Isola sia caratterizzata dalla trasmissione di una *bozza* di disposizioni di attuazione dalla Giunta regionale alla Commissione paritetica.

La dottrina ha innanzi tutto da tempo messo a fuoco come il fulcro della decisione politica nell'ambito del procedimento *de quo vada* senz'altro individuato nel Governo, al quale va, in definitiva, assegnata la "responsabilità" della relativa funzione normativa⁷⁴, pur in un contesto che garantisce «alla Regione di far sentire la sua voce in sede di commissione paritetica»⁷⁵. La giurisprudenza costituzionale, – pur nella richiamata diversità testuale dei vari statuti speciali di autonomia, che potrebbe suggerire differenze non marginali nella ricostruzione giuridica dell'istituto – ricostruisce dal canto suo il ruolo delle commissioni paritetiche attribuendo alle medesime un compito che, come si vedrà, non può essere in alcun modo ritenuto "decisorio" in senso proprio. Il *leading case*, al riguardo, è la sentenza della Corte costituzionale 8-14 febbraio 1989, n. 37, la quale, pur nel contesto di una decisione favorevole alle ragioni dell'autonomia, esplicitamente qualifica il ruolo della commissione paritetica così come disegnato dall'art. 107 dello Statuto della Regione Trentino-Alto Adige come quello di fornire un parere *obbligatorio*, ma *non vincolante*⁷⁶. Se ciò certamente non comporta la possibilità, per la singola autonomia speciale di volta in volta considerata, di dolersi del contenuto normativo della disposizione di attuazione adottata dal Governo semplicemente perché non lo condivideva, o comunque non lo abbia condiviso in commissione paritetica, con altrettanta certezza è possibile affermare che il modello delineato dalla giurisprudenza costituzionale avanza ben precise pretese quanto alla procedura che può condurre alla adozione di una decisione *in dissenso* rispetto alla commissione⁷⁷. Al riguardo soccorre ancora la sent. n. 37/1989, secondo la quale *ciò che il Governo non può fare*, è apportare al testo «modificazioni o aggiunte suscettibili di alterare il contenuto sostanziale della disciplina su cui la Commissione abbia già avuto modo di manifestare il proprio parere, tanto più ove tali modificazioni vengano a incidere (...) sul piano della stessa distribuzione delle competenze tra lo Stato e i soggetti di autonomia»⁷⁸. Rilevante

⁷⁴ Cfr., *ex plurimis*, F. BASSANINI, *L'attuazione dell'ordinamento regionale tra centralismo e principi costituzionali*, Firenze, 1970, che discorreva al riguardo di «atti sostanzialmente governativi» (163); F. MODUGNO, S. NICCOLAI, *Atti normativi*, cit., 12

⁷⁵ Così S. BARTOLE, *Art. 116*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *Le Regioni, le province, i comuni*, Tomo I, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 55 ss., part. 93. Per una accurata ricostruzione della dottrina sul punto, orientata nel senso indicato nel testo, cfr. M. PLUTINO, *I decreti legislativi del Governo contenenti "norme di attuazione" degli Statuti speciali*, cit., par. 3.

⁷⁶ Punto 4 del *Considerato in diritto*. Cfr. anche, nel medesimo senso, Corte costituzionale, sent. 10-24 marzo 1994, al punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁷⁷ Come con chiarezza afferma la sent. n. 137/1998, infatti, «in caso di modifica di norme di attuazione, la lesione della competenza provinciale e l'interesse al ricorso non derivano tanto dal contenuto della norma modificatrice, quanto dal modo in cui la norma è stata approvata in violazione del procedimento posto a garanzia del ruolo e delle funzioni spettanti, ai sensi dell'art. 107 dello statuto speciale, alla commissione paritetica per le norme di attuazione» (par. 3 del *Considerato in diritto*).

⁷⁸ Par. 4 del *Considerato in diritto*. Il passaggio è ripreso testualmente anche dalla già menzionata

in questo quadro è inoltre la sent. n. 213/1998, la quale – pur nel corso di un giudizio inerente ancora una volta una norma di attuazione dello Statuto del Trentino-Alto Adige – evidenzia, con affermazioni a carattere generale, come «le norme di attuazione degli statuti regionali speciali», siano «adottate attraverso un procedimento normativo speciale (...) che comprende necessariamente una fase consultiva bilaterale e paritetica, cui partecipano rappresentanti delle comunità interessate»⁷⁹. In base a questa giurisprudenza, dunque, pare potersi concludere che il Governo *possa adottare* norme di attuazione che non siano state condivise dalle commissioni paritetiche.

Tale conclusione è del resto confermata, in generale per le norme di attuazione *di tutti gli statuti speciali*, da autorevoli voci dottrinali quale quella, ad esempio, di Livio Paladin⁸⁰. Più di recente tale approdo è stato efficacemente sintetizzato da Antonio D'Atena, secondo il quale la funzione svolta dalle Commissioni paritetiche sia «fondamentalmente consultiva», di talché ciò che risulta precluso al Governo è «solo procedere in senso completamente diverso da quanto emerso dal lavoro della Commissione paritetica». In caso di modifiche sostanziali eventualmente approvate, tuttavia, vi è «un onere di sottoposizione alla Commissione»⁸¹.

Bisogna riconoscere, però, che questa ricostruzione pare calzare a pennello soltanto per i casi delle disposizioni di attuazione dello statuto delle Regioni Friuli-Venezia Giulia e Trentino-Alto Adige, che – come si è visto – devono essere adottate *«sentita»* la Commissione paritetica. Più difficile è ritenerla senz'altro spendibile per le altre Regioni speciali, il testo dei cui statuti – al netto delle differenze tra i medesimi – non sembra compatibile con un procedimento in grado di condurre all'entrata in vigore di una disposizione che non sia stata *sostanzialmente condivisa* dalla Commissione⁸².

Corte cost. n. 95/1994.

⁷⁹ Par. 4.2. del *Considerato in diritto*. In tema – con specifico riferimento al punto di cui ci si occupa nel testo – cfr. M. SIAS, *Le norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., 85.

⁸⁰ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit. 234, secondo cui «spetta a ciascuna Commissione il compito di esprimere un parere obbligatorio sui testi da sottoporre alla deliberazione finale del Consiglio dei ministri». Tuttavia il Governo «si può discostare» da tali pareri, dovendo tuttavia – a «pena d'illegittimità», richiedere un nuovo parere, la cui assenza – secondo Paladin – potrebbe essere sanata solo dall'assenso del Presidente della Regione interessata nella sede del Consiglio dei ministri.

⁸¹ Si vedano le dichiarazioni rilasciate nel corso dell'*Indagine conoscitiva sulle problematiche concernenti l'attuazione degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale*, e reperibili nel *Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali* a conclusione della medesima, pag. 24. In tal senso cfr. anche G. VERDE, *Norme di attuazione e commissione paritetica*, cit., 210.

⁸² Una tesi dottrinale diversa da quella accennata nel testo, che tuttavia con la medesima condivide l'approccio unitario con cui ricostruisce il procedimento di approvazione delle norme di attuazione, ed il ruolo che in esso giocano le Commissioni paritetiche, è stata di recente proposta da M. COSULICH, *Il decreto legislativo*, cit., 94 ss., secondo si dovrebbe muovere dalla novella con cui

4.2. *La prassi degli ultimi anni*

È ora possibile illustrare gli aspetti più significativi della prassi degli ultimi anni che, come si vedrà, poco considera le varianti normative e le conseguenti difficoltà interpretative appena illustrate, ricercando insistentemente, per ciascuna delle autonomie speciali di volta in volta interessate, il pieno accordo tra Commissione paritetica e Consiglio dei ministri⁸³. Al riguardo merita tuttavia di essere precisato come, al di là di quanto evidenziato in chiusura del precedente paragrafo, non sia del tutto appropriato discorrere di “*una*” prassi delle commissioni paritetiche. L’esperienza che matura in relazione alle varie Regioni speciali, infatti, è talvolta significativamente differente da un caso all’altro, e non è impossibile neanche riscontrare apprezzabili mutamenti, nell’ambito delle prassi riguardanti la medesima autonomia speciale, al mutare della composizione della commissione. In quanto segue, dunque, si proverà a mettere a fuoco le linee di tendenza che emergono nella maggior parte dei casi, non risultando escluso che in alcune circostanze o per alcune commissioni ci siano stati assestamenti in direzioni differenti.

Al riguardo conviene prendere le mosse dalle seguenti considerazioni.

I. Il primo punto che occorre mettere a fuoco riguarda la stessa *composizione* delle commissioni paritetiche nel cui seno nascono le norme di attuazione. Secondo il disegno delle varie disposizioni statutarie – pur nel contesto delle differenze che distinguono le previsioni dei diversi statuti – tali organismi risultano formati in pari numero da membri di nomina statale e membri di nomina regionale. Si tratta, come è evidente, della istituzione “chiave” di quella “collaborazione singolare” tra Stato e Regioni speciali così pensata dagli statuti di queste ultime. Tale istituto collaborativo viene sovente interpretato, almeno negli ultimi tempi, attraverso la nomina, da parte statale, di personalità di spicco del tessuto politico-istituzionale regionale (o provinciale) di riferimento o di soggetti comunque rappresentativi del medesimo, per far sì che la “voce dell’autonomia

il legislatore costituzionale ha disciplinato le norme di attuazione dello Statuto della Regione Valle d’Aosta conferendo alla Commissione un ruolo sostanzialmente *propositivo* delle stesse, per ritenere tale conclusione valevole anche per gli altri statuti, per i quali invece le disposizioni statutarie configurerebbero procedimenti differenti. Tale tesi non pare tuttavia condivisibile. Per quanto infatti sia certo possibile utilizzare le previsioni di uno Statuto speciale quale ausilio interpretativo per rischiarare aree oscure presenti negli altri Statuti, non pare altrettanto possibile applicare le previsioni del primo quando il *testo* dei secondi appare con esso del tutto incompatibile. Ciò è infatti quanto accade nel caso qui in discussione, almeno per quel che riguarda lo statuto friulano-giuliano e quello altoatesino, i quali – come si è visto – prevedono che la Commissione paritetica debba essere «*sentita*» prima della adozione dei decreti legislativi.

⁸³ Per una sintetica ricostruzione della prassi più risalente, come si vedrà significativamente diversa da quella descritta in queste pagine, cfr. F. BASSANINI, *L’attuazione dell’ordinamento regionale tra centralismo e principi costituzionali*, cit., 163-164, part. nt. 2, e la dottrina ivi citata.

speciale” trovi espressione, in qualche modo, anche per il tramite dei membri statali.

II. Se i membri statali e i membri regionali sono caratterizzati da una certa “assimilazione” quanto al rapporto con la autonomia speciale specificamente considerata, da altro punto di vista si trovano spesso in condizioni significativamente differenti. La componente regionale, infatti, solitamente riceve (più o meno) precise direttive politiche per il proprio lavoro. In alcuni casi si giunge addirittura alla definizione, da parte degli organi di indirizzo politico, di un vero e proprio “programma di lavoro di legislatura” che possa guidare l’attività dei membri regionali e in tal modo orientare i lavori della commissione paritetica. Rileva, a questo riguardo, soprattutto il caso della Regione Friuli-Venezia Giulia, nel cui ambito «i membri di nomina del Consiglio regionale hanno un costante rapporto di comunicazione, anche solo consultiva, con il Consiglio regionale, da cui ricevono le linee di indirizzo, che vengono date appunto al momento della costituzione della Commissione paritetica e poi rinnovate di anno in anno, anche in base a quelli che sono gli impegni della Commissione paritetica stessa»⁸⁴.

Al contrario, è tutt’altro che frequente che tale connessione con la parte politica si verifichi in relazione alla componente statale della commissione paritetica. Per i membri nominati dal Governo, infatti, ben può accadere che non vi siano disposizioni di indirizzo da quest’ultimo, e che invece vadano “a rimorchio” della componente regionale⁸⁵. In talune circostanze si verificano anzi alcuni tentativi di interlocuzione “diretta”, sia pure informale, dei membri statali con le istituzioni politiche regionali, nel tentativo, da parte di queste ultime, di orientare i lavori della commissione nel loro complesso.

⁸⁴ Così il Presidente *pro tempore* della Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia, Debora Seracchiani, nel corso della citata *Indagine conoscitiva sulle problematiche concernenti l’attuazione degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale, con particolare riferimento al ruolo delle commissioni paritetiche previste dagli statuti medesimi* (seduta n. 17 di Mercoledì 8 luglio 2015). Si vedano anche le dichiarazioni rese in occasione della medesima *Indagine conoscitiva* dal dott. Strizzolo, come risultano dal *Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali*, cit., 65.

⁸⁵ Depone in tal senso, ad es., quanto dichiarato, nel corso della menzionata *Indagine conoscitiva*, dal prof. Roberto Bin, secondo cui «le Commissioni paritetiche operano come organi di consulenza, le cui proposte non vengono contrattate con il Governo o con i suoi rappresentanti ma con la burocrazia». Ciò parrebbe «molto lontano dall’idea originaria per cui nella Commissione paritetica avrebbero dovuto esserci i campioni della Regione e dello Stato che svolgono il loro duello». Nonostante negli ultimi tempi le Regioni speciali «spinte dall’urgenza della crisi finanziaria» abbiano cercato e ottenuto «un colloquio con lo Stato», peraltro, nell’ambito del ruolo sostanzialmente consultivo che le Commissioni hanno svolto in tale processo, «nella fase di contrattazione di queste proposte» non vi sarebbe comunque «un interlocutore politico governativo» (*Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali*, cit., 23). Anche il Presidente Louvin, nella medesima sede, ha manifestato l’esigenza del “rafforzamento” della componente statale, per la quale non esisterebbe un adeguato collegamento con la parte politica, tanto da far sì che sovente i relativi membri siano sprovvisti delle «adeguate indicazioni» (*ivi*, 58-59).

III. Fa corpo con quanto notato fino ad ora la circostanza secondo la quale l'iniziativa alla definizione delle disposizioni di attuazione in commissione viene, nella grande maggioranza dei casi, dall'autonomia speciale specificamente considerata e non dallo Stato⁸⁶, e le risultanze della prassi che mostrano come accada di frequente che una determinata disposizione di attuazione, definita (anche all'unanimità) in sede di commissione paritetica, non abbia il necessario seguito "politico" con la approvazione in Consiglio dei ministri, arenandosi piuttosto nelle secche burocratiche governative⁸⁷, magari nel corso della riunione del c.d. "preconsiglio"⁸⁸. Ad ogni modo, dirimente risulta la volontà politica del Governo di procedere o meno alla adozione del decreto legislativo.

IV. Particolarmente significativo – e del resto coerente con quanto sin qui esposto – è che, nelle concrete dinamiche di funzionamento dell'istituto si ricerchi l'accordo soprattutto tra commissione paritetica e Governo, più che *all'interno* della prima. La commissione, infatti, – anche alla luce di quello che più sopra si notava *sub* I e II – finisce sovente con l'esprimere un punto di vista molto vicino, se non proprio coincidente, a quello regionale⁸⁹. Un indice di natura procedimentale che depone in tal senso può essere individuato nella circostanza secondo la quale le commissioni nel corso dei loro lavori svolgono soventi audizioni dei rappresentanti delle amministrazioni statali interessate, al fine di acquisire il punto di vista di queste ultime circa la "fattibilità" del progetto di norma di attuazione di volta in volta in discussione, mentre ciò non accade quasi mai per le amministrazioni regionali⁹⁰. Del resto, anche una volta definito un testo all'interno della commissione, ben può accadere che si verifichino fenomeni di "navetta" tra

⁸⁶ Una significativa eccezione a tale elemento è rappresentata soprattutto da ciò che emerge in relazione ai lavori della commissione paritetica operante per l'attuazione dello Statuto siciliano. Sul punto cfr. G. VERDE, *Uniformità e specialità delle Regioni*, in N. Antonietti, U. De Siervo (a cura di), *Che fare delle Regioni?*, Roma, 2014, 267 ss., part. 290 ss.; ID. "Sepolta viva", cit., 100 ss. Cfr. inoltre in tal senso, con particolare riguardo alle norme concernenti la sanità penitenziaria, quanto dichiarato dal prof. Antonio La Spina nel corso della *Indagine conoscitiva sulle problematiche concernenti l'attuazione degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale* (cfr. il *Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali*, cit., 85), ove si riferisce, al riguardo, di un «preciso input del Ministero della giustizia».

⁸⁷ Cfr. al riguardo le dichiarazioni del Presidente Rollandin nel corso della *Indagine conoscitiva (Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali*, cit. 59).

⁸⁸ Cfr., in tal senso, quanto dichiarato dal prof. Giacomo D'Amico nella citata *Indagine conoscitiva*. Il rilievo, ad ogni modo, è stato frequente in quella occasione, come frequente è stato l'invito a risolvere, per quanto possibile, tramite la via normativa il problema segnalato, individuando un preciso obbligo, per il Consiglio dei ministri, di prendere in considerazione il testo esitato dalla Commissione, magari entro un esplicito termine temporale (cfr. il *Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali*, cit., 24, 58, 74, 84 e 85).

⁸⁹ Contro tale linea di tendenza sembrano invece deporre le opinioni espresse dal Presidente Iacop e dal Presidente Kompatscher nell'ambito della menzionata *Indagine conoscitiva*, che valorizzano il ruolo delle commissioni come sede di confronto (cfr. il *Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali*, cit., rispettivamente alle pagine 64 e 68).

⁹⁰ Cfr. G. VERDE, *Norme di attuazione e commissione paritetica*, cit., 209-210.

quest'ultimo e il Governo, in vista della definitiva messa a punto del testo per l'approvazione in Consiglio dei ministri.

V. Infine, risulta sostanzialmente esclusa nella prassi (almeno in quella più recente) la adozione di un testo di decreto di attuazione che non sia *condiviso* dalla Commissione paritetica (e dalla Regione o Provincia autonoma interessata)⁹¹: nel caso di mancato accordo il Governo tendenzialmente *non adotta* le norme di attuazione in questione, piuttosto che adottarle senza intesa "con" la commissione⁹². Ciò anche in relazione a vicende per le quali lo Stato ha la specifica volontà politica di portare a termine il procedimento normativo⁹³.

4.3. *Dalla interlocuzione nella commissione alla interlocuzione con la commissione*

Se si confronta il dato emergente dalla prassi che si è appena avuto modo di esporre con la configurazione giuridica delle norme di attuazione, almeno così come risulta dalla giurisprudenza costituzionale e dai più importanti contributi dottrinali, non può non notarsi una significativa difformità del primo rispetto alla seconda. Fatto salvo il formale richiamo, nelle premesse dei decreti legislativi di attuazione, del diverso ruolo prefigurato per le Commissioni paritetiche dalle norme statutarie⁹⁴, la prassi non solo non ha valorizzato le differenze testuali presenti in queste ultime, ma ha anche sviluppato una tendenza che pare contrastante con i percorsi battuti dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza costituzionale.

Sulla base dei precedenti giurisprudenziali richiamati più sopra l'accordo che fonda gli elementi di pariteticità del procedimento dovrebbe essere raggiunto all'*interno* della Commissione, tra i rappresentanti dello Stato e quella della Regione, i "campioni" dell'uno e dell'altra⁹⁵. Al di fuori della commissione, viceversa, parrebbe scomparire ogni traccia di pariteticità, potendo il Governo adottare decreti di attuazione anche in difformità dalla posizione maturata in commis-

⁹¹ Cfr. le dichiarazioni del Presidente Iacop nel corso della *Indagine conoscitiva*, secondo cui «nell'esperienza applicativa il procedimento di formazione delle norme di attuazione dello statuto ha assunto natura consensuale» (*Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali*, cit., 64).

⁹² Per casi (tutt'altro che frequenti) in cui il Governo adotta un decreto di attuazione in significativa difformità dal testo sui cui la commissione aveva avuto modo di esprimersi favorevolmente, cfr. R. CHIEPPA, *Le esperienze delle commissioni paritetiche*, cit., 1072, ove tuttavia si fa riferimento ad un accordo raggiunto in tal senso in sede politica.

⁹³ ...tra cui è possibile citare i casi della sanità penitenziaria e dell'approvvigionamento idrico delle isole minori per la Regione siciliana.

⁹⁴ Lo nota M. COSULICH, *Il decreto legislativo*, cit., 90, il quale tuttavia ritiene condivisibilmente che i dati in questione non devono essere presi «troppo sul serio», non potendosi ritenere gli stessi l'esatto riflesso del ruolo effettivamente svolto dalle Commissioni (91-92).

⁹⁵ Così li definisce il prof. Roberto Bin, nel corso della *Indagine conoscitiva*, già più volte citata (cfr. il *Documento approvato dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali*, cit., 23).

sione purché adempia all'ulteriore onere procedimentale di acquisire il parere di quest'ultima sul testo differente che voglia eventualmente definire.

Nei primi periodi di utilizzazione della fonte del diritto qui in discussione l'indirizzo politico statale è sembrato approfittare in pieno delle possibilità offerte dalle disposizioni sul relativo procedimento di formazione, sopra ricostruite, essendo anzi caratterizzato – secondo autorevoli commenti dottrinali dell'epoca – da tratti eccessivamente centralistici, talvolta probabilmente anche irrispettosi del dato normativo. Nella rappresentazione di Vezio Crisafulli le norme di attuazione allora venivano elaborate dagli uffici del Ministero degli interni, ed erano destinate ad essere emanate «se, quando e come sembri opportuno alla discrezionale valutazione degli uffici medesimi»⁹⁶, assicurandosi in sintesi la “costante prevalenza” della volontà dello Stato su quella regionale⁹⁷. Ancora nel 1989 Temistocle Martines affermava che la predisposizione delle norme di attuazione veniva effettuata ad opera del Dipartimento degli affari regionali sentiti i ministeri interessati, anche se la «stesura finale» era affidata alle Commissioni paritetiche⁹⁸.

In tempi più recenti le cose sono invece significativamente diverse. Come è stato efficacemente notato il Governo sembra infatti «aver unilateralmente (...) rinunciato» ad esercitare la discrezionalità politica che pur giuridicamente gli competerebbe⁹⁹, almeno in base alla giurisprudenza costituzionale ed alla dottrina maggioritaria sopra richiamata. La prassi ricostruita nel paragrafo che precede, come si è visto, non contempla che il Governo porti a compimento l'iter normativo con riferimento ad un testo che non sia condiviso dalle Commissioni. Soprattutto in talune esperienze – tra le quali si segnala innanzi tutto quella della Provincia di Bolzano – queste ultime rivestono il centrale ruolo di *motore* costante della declinazione delle caratteristiche dell'autonomia speciale verso i lidi preferiti dagli organi di governo della stessa. Come è stato notato, in tali casi le Commissioni di fatto «elaborano le norme con l'ausilio degli uffici governativi (e non viceversa)»¹⁰⁰.

Se si volesse, riassuntivamente, provare a disegnare la “parabola” che ha caratterizzato i ruoli dei protagonisti della formazione delle norme di attuazione e le sedi in cui tali ruoli sono stati giocati, è forse possibile evidenziare

⁹⁶ V. CRISAFULLI, *La Regione davanti alla Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 537 ss., part. 538.

⁹⁷ T. MARTINES, *Decentramento, codipendenza funzionale e norme di attuazione dello Statuto siciliano in materia finanziaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 867 ss., part. 892 ss.

⁹⁸ T. MARTINES, *Norme di attuazione ed erosione della specialità*, cit., 594.

⁹⁹ M. PLUTINO, *I decreti legislativi del Governo*, cit., par. 3.

¹⁰⁰ F. PALERMO, *Ruolo e natura delle Commissioni paritetiche e delle norme di attuazione*, cit., 828, che evidenzia come la c.d. “Commissione dei sei” operante per la Provincia di Bolzano sia nella prassi trasformata in «strumento autonomo di concertazione negoziale paritaria tra Stato e Provincia (...) avvenuta gradualmente per via politica» (831).

come in origine la Commissione paritetica non è per nulla riuscita ad assumere quel peso decisionale che le disposizioni statutarie lasciano invece immaginare: tutto all'opposto il suo ruolo appariva meramente formale, dal momento che le decisioni sostanziali venivano adottate essenzialmente all'interno delle strutture dell'esecutivo. Con il passare del tempo le Commissioni son certamente riuscite ad accrescere il loro ruolo, ma non tanto nel senso prefigurato dagli statuti – cioè come *sedes* del confronto tra Stato e autonomia speciale – quanto piuttosto come polo decisionale con il quale il Governo e i suoi uffici devono confrontarsi, cercando di addivenire ad un accordo, al fine di definire il contenuto delle norme di attuazione destinate ad essere approvate in Consiglio dei ministri.

5. *Chi, quando, cosa, come: alcune considerazioni conclusive*

Il percorso sin qui svolto ha provato a mostrare quali e di quale importanza siano gli aspetti di una fonte così importante per l'autonomia speciale non sufficientemente chiariti, o il cui assetto nella prassi e nella giurisprudenza costituzionale lascia in vario modo a desiderare.

È probabilmente possibile sintetizzare i nodi problematici sopra illustrati facendo riferimento al *chi*, al *quando*, al *cosa*, ed al *come* delle norme di attuazione. Il *chi* inerisce ai soggetti protagonisti del procedimento normativo, tra i quali – come si è visto, e come è noto – non vi sono la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica. Da qui traggono la loro origine le difficoltà maggiori, quello che forse è possibile definire il “vizio genetico” delle disposizioni di attuazione. Originariamente il *quando* – ossia il periodo di utilizzazione dello strumento normativo in questione – contribuiva non poco a sciogliere i principali nodi problematici. Già più sopra si è osservato come la limitazione di tale periodo a quello strettamente necessario a far partire l'esperienza della specialità consentiva di configurare l'istituto alla stregua di una “delega” di potere normativo effettuata direttamente dall'Assemblea costituente per un periodo circoscritto, anche se non predeterminato in modo certo, e rivolta ad un fine ben preciso. In tal modo le fonti disciplinate dagli statuti speciali potevano essere viste quale una variante più “elastica” della delega disciplinata dall'art. 76 Cost., e giustificata dalle particolari peculiarità del caso. Le vie che prende l'esperienza costituzionale sono però tutt'altre, decisamente e uniformemente nel senso della *perpetuità* dello strumento normativo in questione, a tal punto che oggi non pare che l'affermazione della sua *temporaneità* sia efficacemente declinabile con intento descrittivo del diritto costituzionale vigente in Italia. In tale contesto le ricostruzioni più attente leggono la peculiare procedura di formazione delle disposizioni di attuazione alla stregua di uno *stress* ai principi che presiedono alla formazione delle norme primarie giustificato dalla necessità di attuare le *«forme e condizioni particolari*

di autonomia» prefigurate dall'art. 116 Cost. Per percorrere questa strada è però necessario essere rigorosi sul *cosa*, ossia su ciò che può validamente costituire oggetto della fonte, mentendo il suo l'utilizzo nel recinto degli statuti speciali. La generosità con cui in concreto si interpretano gli ambiti della sua competenza, e la larghezza con cui si fa uso di questo strumento, talvolta esplicitamente al di là di quest'ultima, mettono invece in crisi anche tale ultimo approdo. Più in generale, si afferma l'idea secondo la quale la specialità sia *innanzi tutto* il «rapporto singolare con lo Stato» che trova forma tramite le norme di attuazione, ancor più che la portata delle competenze regionali o le peculiarità degli istituti propri del «diritto speciale»¹⁰¹.

Tutto ciò rischia di generare squilibri sia sul versante della forma di Stato che su quello della forma di governo, poiché per il tramite delle modalità con le quali è nei fatti interpretata e utilizzata la fonte qui in discussione è possibile configurare norme *ad hoc* per singole autonomie speciali che non trovano riscontro nelle forme e condizioni particolari di autonomia indicate nell'art. 116 Cost. e che, fatte proprie dal Governo senza alcun ruolo delle due Camere, non possono essere disolute da queste con l'ordinario procedimento legislativo. Lo *status* costituzionale della fonte – per come è venuto formandosi nella giurisprudenza costituzionale e nei percorsi dottrinali – appare compatibile con i principi cardine del nostro sistema delle fonti solo a patto che la “delega” statutaria alla base delle norme di attuazione venga intesa come limitata o nel tempo, ovvero da un punto di vista materiale. La prima ipotesi è stata senz'altro scartata dalla storia. La seconda formalmente regge nelle affermazioni della giurisprudenza costituzionale maggioritaria, ma nella prassi mostra non pochi segni di cedimento. Come si è visto non si tratta di un fenomeno marginale, e non è certo un caso che le autonomie speciali ritengono particolarmente importante che il loro ordinamento sia presidiato il più possibile da questo strumento.

Quanto al procedimento di formazione – il *come* – si è provato a mostrare le significative differenze che intercorrono tra i diversi statuti: ciò che dovrebbe spingere a discorrere di una *classe* di fonti del diritto, dotate di punti in comune ma nel contesto di proprie significative peculiarità¹⁰². Le tendenze presenti in via maggioritaria tra dottrina, giurisprudenza e prassi tendono invece a sconfermare questa pluralità di regimi, configurando piuttosto meccanismi procedurali sostanzialmente omogenei per le varie Regioni. La giurisprudenza costituzionale,

¹⁰¹ Secondo P. PINNA, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino, 2003, «a prescindere dai contenuti, dalla portata, insomma dalla quantità e qualità dei poteri che essa comporta, l'autonomia è stata intesa come speciale in quanto garanzia di non assimilazione con nessuna altra regione». Così «la difesa della specialità regionale, della identità singolare è compendiata dall'intangibilità del principio del rapporto singolo della Regione con lo Stato» (26).

¹⁰² In senso opposto, invece, la prospettiva accolta da M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit.

supportata del resto dalla dottrina più autorevole, pare incline a considerare il pronunciamento delle Commissioni quale un mero parere obbligatorio ma non vincolante per il Governo, che dunque potrebbe anche proporre al Capo dello Stato per l'emanazione il testo di un decreto contro il parere espresso dalla Commissione.

Tale ultima conclusione potrebbe in qualche modo consentire di “limitare i danni”: poiché il Governo non sarebbe vincolato da una normativa di attuazione già adottata, potendo dunque – una volta acquisito il parere, eventualmente anche negativo, della Commissione paritetica – retrocedere rispetto, ad esempio, ad eventuali trasferimenti in precedenza effettuati. Certo – ed è questo ovviamente il punto di maggiore problematicità – le Camere, ovviamente, lo sarebbero. Ma potrebbero utilizzare i propri poteri inerenti la forma di governo per spingere il Governo in una tale direzione, se lo ritenessero necessario. Tale scenario è però del tutto escluso dalla prassi degli ultimi anni, e per di più non pare compatibile con alcune delle disposizioni statutarie vigenti. Se il carattere “pattizio” sovente predicato per le norme di attuazione è sconfessato dalla lettura giurisprudenziale e dottrinale che va per la maggiore, sembra invece calzare in un certo qual modo per le disposizioni statutarie della Regione siciliana, della Sardegna e della Valle d'Aosta, le quali spingono configurare, come si è visto, una sorta di procedimento “a doppia chiave”, nel cui contesto in alcun modo lo Stato può imporre una determinata soluzione normativa alla Regione.

I tortuosi percorsi sin qui illustrati non lasciano supporre che sussista, a portata di mano e soprattutto a diritto vigente, una soluzione soddisfacente dei problemi richiamati che non si limiti ad un vigoroso richiamo ad interpretare rigorosamente i limiti competenziali della fonte. Non è un caso che, anche con riferimento ai meccanismi di funzionamento di quella che è probabilmente la Commissione paritetica che ha assunto nella prassi il maggior “peso normativo”, ossia la c.d. “Commissione dei sei” che opera per la Provincia di Bolzano, a fianco del suo mantenimento anche per il futuro se ne è autorevolmente auspicato una riforma che vada nella direzione di aumentare la trasparenza del processo decisionale tramite l'introduzione di strumenti quali il principio della pubblicità degli atti, il diritto di iniziativa popolare o il necessario parere del Consiglio provinciale¹⁰³. Nell'aderire a tale auspicio si suggerisce di aggiungere (dalla parte dello Stato) il coinvolgimento di Camera e Senato nel procedimento di approvazione delle norme di attuazione in un modo che potrebbe essere non dissimile da quello che lo stesso art. 116 Cost. prevede, al terzo comma, per la forma di differenziazione oggi disponibile per le Regioni ordinarie.

I temi sul tappeto, come si vede, sono molti e di grande importanza, La ormai a lungo auspicata revisione degli statuti speciali non potrà fare a meno di confrontarvisi.

¹⁰³ F. PALERMO, *Ruolo e natura delle Commissioni paritetiche e delle norme di attuazione*, cit., 842 ss.

AbstractProblematic Aspects of the “Implementation Rules” of the
Special Regional Statutes

by Simone Pajno

The aim of the essay is to deal with some problematic aspects of the “implementation rules” of the Special Regional Statutes, namely the non-involvement of the Parliament in their approval procedure despite the primary level of this source of law in the hierarchy of norms. The special feature of the approval procedure of these rules is due to the deference towards the principle of territorial autonomy: as it is well known, the decision of the Council of Ministers must be based on the opinion of a State-Region joint committee.

The essay holds that it is necessary to identify the role of the joint committee in the specific regional system considered, whereas, as far as the approval procedure of the implementation rules is concerned, the practice of legislation and constitutional case-law seems to underestimate the differences between the special regional statutes. Secondly, the essay criticizes the broad use of the “implementation rules” to regulate any issue concerning the Special Regions, even if outside the scope of the Statute, because the exception to the principle of the parliamentary source of the primary rules can be constitutionally justified only when the “implementation rule” considered is grounded in the special Statute. Finally, the essay suggests to reform the approval procedure of the “implementation rules” in order to assign the final decision to the Parliament, even though this decision will be based on the opinion of the joint committee.

L'ampio potere di regolazione dell'Autorità indipendente dei trasporti nel settore ferroviario

di Cristiano Celone*

SOMMARIO: 1. L'avvento, nel 2013, di un'unica autorità indipendente di regolazione per tutti i comparti del trasporto. – 2. Il groviglio di attribuzioni tra Autorità di regolazione dei trasporti ed altre autorità. – 3. I tratti distintivi dell'attività regolativa dell'ART. – 4. Un quadro di sintesi delle svariate competenze regolatorie dell'ART in materia ferroviaria e degli ulteriori poteri strumentali e complementari rispetto alla funzione di regolazione. – 4.1. L'ampliamento delle funzioni con il decreto legislativo n. 139/2018. In particolare: il potere di garantire il rispetto dei requisiti di indipendenza, imparzialità e trasparenza finanziaria del gestore dell'infrastruttura ferroviaria nelle imprese integrate. – 5. Una panoramica delle diverse tipologie di atti regolatori adottati dall'ART nel settore ferroviario, nei primi cinque anni di attività.

1. *L'avvento, nel 2013, di un'unica autorità indipendente di regolazione per tutti i comparti del trasporto*

Il legislatore italiano, nel dare attuazione alla normativa europea sulla liberalizzazione (graduale e parziale) del mercato ferroviario¹, ha scelto di sottoporre

* L'articolo sviluppa la relazione tenuta al Convegno "Il sistema dei trasporti tra innovazione infrastrutturale e riforma del servizio pubblico", Roma, 21-22 gennaio 2016. L'evento, organizzato dalle Università di Roma Tor Vergata, L'Aquila e Teramo, a cura di A. Police, L. Giani, M. D'Orsogna, faceva parte del PRIN "Eguaglianza nei diritti fondamentali nella crisi dello Stato e delle finanze pubbliche: una proposta per un nuovo modello di coesione sociale con specifico riguardo alla liberalizzazione e regolazione dei trasporti", coordinato a livello nazionale da G. Colombini.

¹ Alla base della liberalizzazione graduale e parziale del trasporto ferroviario in Europa vi sono diverse considerazioni, tra le quali: l'appartenenza della rete ferroviaria al patrimonio pubblico nella maggior parte dei Paesi europei; il notevole valore e la natura di monopolio naturale della rete infrastrutturale, che non è considerata duplicabile, tant'è che la concorrenza tra le imprese è ammessa soltanto nello svolgimento dei servizi e non anche nella gestione delle reti; l'elevato livello di finanziamenti statali «degni in parte all'interesse generale al trasporto e alla mobilità dei cittadini (anche in base agli obblighi di servizio universale), in parte alla concessione di una modalità alternativa al trasporto su gomma, che invece produce costi di congestione ed esternalità ambientali negative più elevate» (M. DEL SIGNORE, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *Riv. it. dir. pub. comm.*, 2014, 451). Per una ricostruzione delle politiche di liberalizzazione del trasporto ferroviario in Europa ed in Italia si v. A. POLICE, *Il servizio pubblico di trasporto in Italia: regolazione e mercato nel trasporto ferroviario*, in *Nuove Autonomie*, 2015, n. 3, 321 ss. Le logiche che in generale ispirano i processi di liberalizzazione dei servizi a rete ed i caratteri che assumono le relative attività amministrative coinvolte sono oggetto delle riflessioni di B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in AIPDA, *Annuario 2003. Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, Milano, 2004, 333 ss., spec. 355 ss. Per una lettura giuridica del fenomeno delle liberalizzazioni dei servizi di interesse economico generale si v. pure M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, 507 ss. Le basi giuridiche, gli obiettivi e le strategie di intervento della politica europea di liberalizzazione

l'intero settore dei trasporti, nelle sue diverse modalità e infrastrutture (non solo ferroviarie, ma anche stradali ed autostradali, portuali e aeroportuali, interportuali o intermodali²), ad una impegnativa ed incisiva attività di vigilanza, regolazione e sanzione, da parte dell'Autorità dei trasporti (ART): l'ultima delle autorità amministrative indipendenti create nel settore dei servizi di pubblica utilità, prevista alla fine del 2011³, ma effettivamente istituita nella seconda metà del 2013⁴.

L'ART viene considerata inizialmente un *unicum* all'interno dell'Unione europea per l'ampiezza e la diversità sia dei settori affidati alle sue cure sia dei poteri esercitati in ciascuno di essi⁵. La scelta del legislatore italiano ha preceduto di alcuni anni le configurazioni che hanno via via assunto analoghe istituzioni in altri Paesi europei, sia pure con diverse caratterizzazioni. Oltre all'Italia, pochi altri Stati membri si sono in effetti dotati di un'unica autorità indipendente, chiamata a regolare l'intero settore dei trasporti⁶, con competenze che – si vedrà – abbracciano tutti gli aspetti essenziali della materia.

delle attività economiche nazionali sono illustrate, di recente, da N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, Napoli, 2018, 38 ss., spec. 162 ss.

² Gli "interporti", detti anche "nodi intermodali", sebbene non siano espressamente menzionati dal decreto istitutivo dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) nel novero delle infrastrutture sottoposte all'azione di vigilanza e regolazione del nuovo organismo indipendente (cfr. art. 37, comma 2, lett. a), decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con mod. dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, succ. mod.), tuttavia vi rientrano, come ha tenuto a precisare la stessa Autorità, il 15 luglio 2015, nel secondo rapporto annuale al Parlamento (disponibile nel sito dell'Autorità all'indirizzo <http://www.autorita-transporti.it/relazioni-annuali>, 54). Tali infrastrutture sono infatti definite, all'art. 1 della legge n. 240/1990, come «un complesso organico di strutture e servizi integrati e finalizzati allo scambio di merci tra le diverse modalità di trasporto, comunque comprendente uno scalo ferroviario idoneo a formare o ricevere treni completi e in collegamento con porti, aeroporti e viabilità di grande comunicazione». Si tratta quindi di strutture logistiche localizzate in posizione nodale nell'ambito delle reti di trasporto e provviste di collegamenti funzionali stradali e ferroviari destinati a favorire l'intermodalità nel trasporto delle merci, come tali rientranti nel perimetro regolatorio dell'ART in tema di accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture di trasporto ed ai relativi servizi. Tra gli atti di regolazione che interessano il settore interportuale rileva la delibera del 9 febbraio 2017, n. 18, che contiene una serie di misure volte a garantire l'economicità e l'efficienza gestionale dei servizi di manovra ferroviaria. Sugli interporti e in generale sulle infrastrutture adibite al trasporto intermodale, si rinvia a M. TRIMARCHI, *Le infrastrutture per il trasporto intermodale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, 549 ss.

³ Art. 37, d. l. n. 201/2011.

⁴ Il primo Consiglio dell'Autorità di regolazione dei trasporti è stato nominato con Decreto del Presidente della Repubblica del 9 agosto 2013, pubblicato per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, SG n. 217 del 16 settembre 2013. Sulla procedura di nomina si rinvia al par. 3. Le prime delibere regolative dell'ART sono state adottate nel 2014.

⁵ F. BASSAN (a cura di), *Prefazione*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, 2015, XIII.

⁶ Per una rassegna dei diversi modelli di autorità preposte negli Stati membri dell'Unione europea alla regolazione dei trasporti, si veda: M.L. MAGNO, *La regolazione dei trasporti negli Stati membri*, *ivi*, 32 ss., a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti dottrinali; nonché, il quinto rapporto annuale dell'ART, presentato al Parlamento il 20 giugno 2018, disponibile nel sito dell'Autorità (<http://www.autorita-transporti.it/relazioni-annuali>).

L'ART, una volta istituita, ha assorbito le competenze dell'ormai soppresso Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT)⁷. È stata una scelta opportuna rispetto all'obiettivo di assicurare la progressiva apertura del mercato ferroviario alla concorrenza, perché in questo modo si sono evitate o certamente ridotte le potenziali deviazioni che potevano derivare dalla commistione tra lo Stato regolatore e lo Stato nel contempo imprenditore⁸, quest'ultimo ancora ampiamente presente nel campo dei trasporti, diversamente da altri settori nei quali lo Stato non gestisce più le attività economiche ed il passaggio da una regolazione ministeriale ad una regolazione indipendente dei mercati, che ne costituiscono "l'oggetto problematico"⁹, è già

⁷ L'URSF è stato soppresso nel 2014, nell'anno in cui l'ART è divenuta effettivamente operativa (cfr. art. 6-bis, d.l. n. 201/2011). Nello stesso anno il MIT è stato riorganizzato (con il DPCM 11 febbraio 2014, n. 72) ed è stata istituita (con un successivo decreto ministeriale del 4 agosto 2014, n. 346) la Direzione generale per le investigazioni ferroviarie e marittime (DIGFEMA), che è chiamata a svolgere soltanto attività di investigazione sugli incidenti ferroviari e marittimi (cfr. decreto legislativo 10 agosto 2007, n. 162, e decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 165), allo scopo di individuarne le cause e prevenirli in futuro, anche attraverso il potere di formulare raccomandazioni agli operatori del settore.

⁸ Sulle ragioni politiche, sociali ed economiche, che hanno determinato il declino del modello dello Stato imprenditore ed il passaggio al modello dello Stato regolatore delle attività economiche tramite le autorità amministrative indipendenti, si v. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, 7 ss., in part. 15 ss. Nell'attuale ciclo politico e istituzionale del nostro Paese (e non solo) il modello dello Stato regolatore sembrerebbe, però, essere messo in discussione (almeno in parte) dal recupero del precedente modello dello Stato interventista, ovvero programmatore e gestore delle attività economiche (in tal senso si v. le considerazioni di M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1/2018, 1 ss., il quale ritiene che il ruolo dello Stato regolatore, di cui le autorità indipendenti sono in questo momento l'emblema, vada difeso attraverso «una strategia più ampia che guardi in modo più unitario la "economic regulation" e la "social regulation"» (5). Con quest'ultima, infatti, si possono, per un verso, evitare o «correggere una serie di effetti collaterali o esternalità delle attività economiche in campi quali la salute, l'ambiente, la sicurezza dei lavoratori e gli interessi dei consumatori», per altro verso, «attuare politiche redistributive volte a contrastare eccessi di disuguaglianza e a fornire i cosiddetti beni meritori (istruzione, abitazioni a prezzo politico per i poveri, ecc.)» (7).

⁹ Il mercato – come è stato messo in luce da B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 6-7, 23-28, al quale si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinali sul tema – costituisce un oggetto problematico della regolazione, intendendo con essa in generale qualsiasi vincolo giuridico che interferisca con la libertà d'impresa degli operatori economici. Il mercato, infatti, non è mai semplicemente l'oggetto della regolazione, perché in realtà ne determina tanto il problema quanto gli strumenti da utilizzare per risolverlo. Tali strumenti regolatori possono essere sia quelli tipici del diritto pubblico sia quelli tradizionali del diritto privato, attesa la loro fungibilità, almeno nelle visioni ispirate all'analisi economica del diritto. La questione regolatoria del mercato si pone naturalmente quando vi siano delle alternative rispetto ad un profilo di funzionamento del mercato, che genera o potrà generare problemi in ordine a valori o interessi da salvaguardare. In questo contesto è molto importante che l'immagine del mercato assunta dal regolatore come presupposto della propria valutazione corrisponda alla realtà effettiva del mercato preso in considerazione, sia per quanto riguarda la situazione attuale sia per quanto riguarda i suoi sviluppi futuri, al fine di evitare che l'analisi giuridica della regolazione si allontani

avvenuto da tempo ed ha rappresentato uno dei principali cambiamenti intervenuti nei rapporti tra Stato ed economia¹⁰ tra la fine del secolo scorso e l'attuale¹¹.

La creazione di un'unica autorità indipendente è comunque conforme alle indicazioni contenute nell'art. 55 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 34 del 21 novembre 2012, che istituisce uno "spazio ferroviario europeo unico"¹². Tale disposizione ha infatti imposto agli Stati membri di istituire un unico organismo nazionale di regolamentazione del settore ferroviario, lasciandoli poi liberi di scegliere se affidare allo stesso o a più organismi la regolamentazione degli altri settori del trasporto, purché tali autorità soddisfino tutte le requisiti della indipendenza (organizzativa, giuridica, funzionale, decisionale e finanziaria) da qualsiasi altro ente pubblico o privato, compresi naturalmente i gestori delle infrastrutture e le imprese di trasporto.

D'altra parte, l'opzione a favore di un modello unitario di amministrazione indipendente con competenza regolatoria generale per tutti i tipi di trasporto può risultare nel suo complesso innovativa e lungimirante, se comporta una regolazione efficiente ed efficace e lo sviluppo di un alto livello di professionalità, se è di supporto agli orientamenti di politica economica, industriale, sociale e ambientale, e, infine, se è capace di ricondurre a sistema la regolamentazione dei trasporti, storicamente assente poiché frammentata fra più Ministeri¹³.

dalla realtà (sempre concreta, particolare e in divenire) dei singoli mercati e allo scopo di fare in modo che quel particolare mercato accolga la *regulation* e impari da essa, anziché respingerla o ignorarla o, addirittura, essere fuorviato da essa.

¹⁰ I diversi modelli di intervento pubblico nell'economia, che in Italia si sono succeduti nel tempo, sono descritti da F. MERUSI e C.G. SPATTINI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 2084 ss.

¹¹ Tale mutamento è stato a sua volta preceduto dalla perdita della sovranità statale sull'economia. Quest'ultima, ormai globalizzata, ha finito, infatti, per dominare i singoli Stati nazionali, trasformandone la politica economica: da proattiva in reattiva (seguace ed adattiva), orientata oramai soltanto a correggere le (eventuali) tendenze negative dell'economia (il cui andamento complessivo sfugge al controllo dei singoli paesi), perché incapace di guidarla, essendone piuttosto guidata e giudicata (in questi termini si esprime S. CASSESE, *I rapporti tra stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 96-97). La globalizzazione dell'economia ha poi accresciuto il ruolo delle istituzioni sovranazionali e ha determinato la necessità di forme di coordinamento e intesa tra i vari Governi nazionali per ridurre certi squilibri e promuovere maggiore eguaglianza nella distribuzione della ricchezza, per esempio attraverso la lotta internazionale all'evasione fiscale, alla corruzione, al terrorismo, al riciclaggio di denaro "sporco".

¹² Per approfondimenti sulla politica dei trasporti ferroviari in Europa, in Italia ed in altri Stati membri, si rinvia ai volumi collettanei curati da: P. CHIRULLI, *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016, e L. AMMANNATI e A. CANEPA, *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, Torino, 2016.

¹³ M. SEBASTIANI, *La regolazione dei trasporti e di altre utilities*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board – 2015*, 59, disponibile nel sito dell'Autorità (<http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2015/12/Rapporto-Advisory-Board-2015.pdf>).

2. *Il groviglio di attribuzioni tra Autorità di regolazione dei trasporti ed altre autorità*

Sebbene le competenze dell'ART siano molto estese, come si avrà modo di vedere, tuttavia le disposizioni di legge¹⁴ non tracciano una chiara linea di confine con le attribuzioni, che vengono espressamente fatte salve¹⁵, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT)¹⁶ e del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), delle Regioni e degli Enti locali in tema di trasporto pubblico locale, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), nonché, per quanto riguarda in particolare il trasporto ferroviario, dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie (ANSF).

Si ha così l'impressione che l'intero settore dei trasporti rimanga assoggettato a più centri di potere normativo ed amministrativo¹⁷, che, per un verso, crea incertezza tra gli operatori economici del settore e disincentiva gli investimenti, a causa della possibile sovrapposizione di interventi, conflittuali o comunque disallineati, da parte di amministrazioni diverse con poteri uguali o assimilabili sugli stessi oggetti e soggetti, per altro verso, si pone in contrasto con i principi dell'unicità e dell'indipendenza del regolatore stabiliti dall'art. 55 della direttiva europea n. 34/2012¹⁸.

Questa "confusione" di funzioni e poteri può essere tuttavia evitata, se si segue il principio generale valevole per tutte le autorità indipendenti di regolazione dei servizi di pubblica utilità (contenuto nella legge n. 481 del 1995, richiamata dal decreto istitutivo dell'ART), che impone di trasferire a tali autorità tutte le funzioni amministrative esercitate da organi statali e da altri enti e

¹⁴ Art. 37, decreto legge n. 201/2011, istitutivo dell'ART, art. 37, decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 112, attuativo della direttiva europea n. 34/2012, cit.

¹⁵ Cfr. art. 37, comma 4 e 6-ter, d.l. n. 201/2011, nonché art. 37, comma 3, d.lgs. n. 112/2015, ove viene ribadito che sono fatte salve le competenze dell'AGCM.

¹⁶ Cfr. art. 42, decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

¹⁷ In questo senso, M. D'ALBERTI e C. IACOLUCCI, *Rapporti tra l'ART e le Amministrazioni non indipendenti*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board - 2015*, cit., 46. Similmente, M. SEBASTIANI, *Conclusioni*, *ivi*, 138, osserva come l'assetto normativo attuale non sia tale da permettere di ottimizzare la qualità della regolazione dei mercati di trasporto, poiché la legge istitutiva dell'ART conserva un'ingiustificata e inefficiente frammentazione di competenze fra diversi "corpi" dello Stato, che nuoce ad una sana dialettica fra la sfera politica, da un lato, cui spetta di dare indirizzi e di indicare obiettivi di politica industriale e sociale, le autorità indipendenti di regolazione, dall'altro, competenti a promuovere la concorrenza e l'efficienza nel quadro fissato "più in alto". Le criticità del disegno normativo sui confini dell'attività regolativa dell'ART sono messe in luce pure da G. MELE, *Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche*, in *Italian Antitrust Review*, 2/2014, 70 ss., disponibile su <http://iar.agcm.it>.

¹⁸ M. GIACHETTI FANTINI, *Funzioni, poteri e ruolo istituzionale dell'Autorità dei trasporti nel settore ferroviario alla luce del d.lgs. n. 112/2015 di recepimento della direttiva 2012/34/UE*, in *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit., 146.

amministrazioni pubbliche (anche a ordinamento autonomo), qualora riguardino le loro attribuzioni, mantenendo in capo al Governo soltanto poteri di indirizzo nel settore¹⁹.

Su questa linea sembra muoversi anche la giurisprudenza amministrativa, quando tende ad interpretare estensivamente l'ambito dei poteri di regolazione delle autorità indipendenti, trasladando in capo alle stesse competenze in passato spettanti ad altri organi dello Stato²⁰.

In coerenza con il suddetto principio, l'art. 37, comma 4 e comma 6 *ter*, del decreto n. 201/2011, andrebbe interpretato restrittivamente nella parte in cui consente il permanere in vita di competenze regolatorie in capo a soggetti diversi dall'ART, oppure di poteri di vigilanza, controllo e sanzione (nei confronti delle imprese ferroviarie), che tendono a sovrapporsi con quelli dell'ART.

Spetterebbe, pertanto, soltanto all'ART la regolazione (non solo economica) del settore dei trasporti, da esercitarsi in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale, mantenendo invece in capo al Governo, al MIT, al CIPE, alle Regioni ed agli Enti locali, poteri di indirizzo politico, nonché funzioni e poteri amministrativi effettivamente diversi da quelli affidati all'ART²¹.

Una possibile situazione conflittuale potrebbe porsi, per esempio, con riferimento alle competenze, espressamente fatte salve, del MIT, del Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) e del CIPE, in materia di approvazione dei contratti di programma e delle convenzioni, con particolare riferimento ai profili di finanza pubblica²², nella misura in cui tali atti consensuali presentino contenuti ascrivibili alla regolazione dei rapporti economici e dei corrispettivi²³, considerato che all'ART spetta il potere di regolare i rapporti tra i gestori delle infrastrutture e le imprese di trasporto²⁴ e in particolare il potere di definire i criteri tariffari che dovranno essere seguiti dalle autorità competenti per determinare i canoni ed i pedaggi²⁵.

Vi possono poi essere interferenze con i poteri esercitati dalle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, in materia di definizione degli ambiti del servizio pubblico²⁶, poiché l'ART nello specifico settore del trasporto ferroviario non si limita soltanto a sollecitare e coadiuvare (mediante l'adozione di pareri,

¹⁹ Cfr. art. 2, commi 2 e 14, legge 14 novembre 1995, n. 481.

²⁰ Cfr. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2006, 96-97.

²¹ In questo senso, M. D'ALBERTI e C. IACOLUCCI, *Rapporti tra l'ART e le Amministrazioni non indipendenti*, cit., 46-49.

²² Art. 37, comma 6-ter, d.l. n. 201/2011.

²³ A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, n. 6, 600; F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 2013, n. 1, 94.

²⁴ Cfr. art. 37, commi 1, 2, lett. a), f), i), d.l. n. 201/2011.

²⁵ Art. 37, comma 2, lett. b).

²⁶ Cfr. art. 37, comma 4.

che può rendere pubblici) le amministrazioni competenti ad individuare gli ambiti del servizio pubblico e i metodi più efficienti per finanziarli²⁷, ma ha anche il potere di definire detti ambiti, sebbene solo dopo aver sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le Regioni e gli Enti locali interessati²⁸.

In presenza di queste sovrapposizioni, appare certamente utile, al di là di un intervento legislativo di razionalizzazione dei poteri delle varie istituzioni, sviluppare forme di cooperazione tra l'ART e le altre amministrazioni pubbliche, in modo da coordinare le rispettive azioni ed evitare conflitti di competenza.

Si possono stipulare, per esempio, protocolli d'intesa, in linea con la normativa europea e la normativa interna di recepimento²⁹, che prescrivono una collaborazione stretta tra l'ART, l'Autorità preposta al rilascio della licenza ferroviaria e l'Autorità nazionale di sicurezza, ossia: tra l'ART ed il MIT, che è titolare del potere di rilasciare alle imprese l'autorizzazione necessaria allo svolgimento dei servizi di trasporto ferroviario³⁰, valida adesso sull'intera rete dell'Unione europea, salvo specifiche limitazioni³¹; nonché, tra l'ART e l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie (ANSF), istituita nel 2007³² e chiamata a svolgere compiti di regolamentazione tecnica, sotto i poteri di indirizzo e vigilanza del MIT.

Con l'ANSF è stato in effetti concluso, il 24 maggio 2018, un protocollo d'intesa, che disciplina le modalità di cooperazione tra i due soggetti, prevedendo lo scambio reciproco di informazioni, raccomandazioni, segnalazioni e pareri, in merito alle questioni che possono pregiudicare la concorrenza o la sicurezza nel trasporto ferroviario.

²⁷ Art. 37, comma 3, lett. a).

²⁸ Art. 37, comma 1, decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

²⁹ Art. 37, commi 4 e 5, d.lgs. n. 112/2015, ed art. 56, paragrafo 3, direttiva 2012/34/UE. In tema, si v. pure art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011, ed art. 5, comma 5, d.lgs. 17 aprile 2014, n. 70.

³⁰ Il MIT è anche titolare del potere di concedere la gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, che è stata rilasciata, nel 2000, per la durata di sessant'anni, a Rete Ferroviaria Italiana Spa (RFI), proprietaria peraltro dell'infrastruttura. Sul punto, ci si potrebbe domandare se il periodo di validità della concessione sia eccessivamente lungo e rischi di sacrificare la concorrenza e di non incentivare l'efficienza del gestore, che gode di un'esclusiva per più di mezzo secolo. Sulla durata dell'atto concessorio sarebbe tuttavia possibile incidere, qualora vi siano apportate delle modifiche sostanziali, poiché in questo caso si dovrebbe procedere ad una nuova gara, come prescrive l'art. 43 della direttiva 2014/23/UE.

³¹ Cfr. modifiche apportate al d.lgs. n. 112/2015 dal d.lgs. n. 139/2018.

³² Art. 4, d.lgs. 10 agosto 2007, n. 162. Dell'ANSF è stata però prevista – dall'art. 12 del decreto legge del 28 settembre 2018, n. 109 (convertito con modifiche dalla legge del 16 novembre 2018, n. 130) – la soppressione e nel contempo la sostituzione con la nuova Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali (ANSFISA), che nel corso del 2019 le dovrebbe succedere a titolo universale in tutti i rapporti attivi e passivi, acquisendone le risorse umane, strumentali e finanziarie.

Un problema analogo di possibile duplicazione di interventi regolatori, con il rischio di posizioni divergenti sulle stesse questioni, questa volta tra autorità indipendenti, si è posto con riferimento alle competenze, che la legge anche in questo caso ha previsto che restino ferme e possano essere contestualmente esercitate³³, sia dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) per l'*enforcement* del diritto *antitrust*, sia dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) per la definizione degli schemi dei bandi di gara e dei criteri di nomina delle commissioni giudicatrici.

Nel primo caso, infatti, l'Autorità di regolazione dei trasporti interviene anche per promuovere e tutelare la concorrenza, con il rischio di comprimere le competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sebbene la trasversalità e la flessibilità dell'intervento *antitrust* fanno sì che esso possa sempre svolgere una funzione riparatoria ovvero sussidiaria rispetto a persistenti anomalie anticoncorrenziali. L'AGCM è infatti legittimata ad intervenire allorché le regole fissate dall'ART lascino agli operatori economici uno spazio di discrezionalità che gli consente di porre in essere condotte in violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza o di abuso di posizione dominante³⁴.

Di contro, l'*Antitrust* tende talora ad assumere un'atipica ed innovativa vocazione regolatoria del mercato³⁵, che potrebbe invadere lo spazio d'azione riservato all'Autorità di regolazione dei trasporti. Questa situazione si manifesta in maniera più evidente allorché l'Autorità garante della concorrenza e del mercato impone misure positive alle quali è sottoposta un'operazione di concentrazione. Ma affiora anche in occasione delle decisioni di chiusura del procedimento *antitrust*, avviato per abuso di posizione dominante o intesa restrittiva della concorrenza, nel momento in cui l'Autorità accetta gli impegni proposti dalle imprese interessate. Le valutazioni che sorreggono tale accettazione presentano, infatti, un carattere regolatorio, con un respiro spesso generale e di indirizzo che si distacca dal concreto disvalore della fattispecie. Riemerge, infine, nell'ipotesi in cui l'AGCM intervenga per sanzionare ed inibire le pratiche commerciali scorrette, laddove finisca per impartire indirizzi e prescrizioni aventi proiezione futura e portata generale, ossia vere e proprie misure regolatorie con funzione *ex ante* a tutela di interi gruppi di consumatori³⁶.

³³ Art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011. Per l'AGCM viene ribadito all'art. 37, commi 3 e 9, d.lgs. n. 112/2015.

³⁴ G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, in *Federalismi.it*, 26 novembre 2014, 4; ID., *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, *ivi*, 19 marzo 2014, 8; S. PERUGINI, *ART: il rapporto con AGCM e altri enti nazionali e territoriali*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, cit., 105; G. BRUZZONE, *Rapporti tra l'ART e altre autorità indipendenti di vigilanza e garanzia*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board – 2015*, cit., 53.

³⁵ La connotazione regolatoria *ex ante* della funzione svolta dall'AGCM è stata già sostenuta da chi scrive (C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 73 ss.).

³⁶ Così, F. CINTIOLI, *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di*

Il rischio, in questi casi, è di creare incertezza tra gli operatori economici a causa di troppe e talora disallineate misure regolatorie, di comprimere anziché incentivare l'iniziativa economica privata e di pregiudicare l'ottimale efficienza allocativa delle risorse. Inoltre, sussiste il pericolo che l'*Antitrust* finisca per compiere valutazioni di ordine politico-finalistico, che esulano dall'ambito proprio delle sue funzioni e minano la sua neutralità³⁷.

Tali inconvenienti possono essere tuttavia scongiurati, almeno in parte, se la funzione *antitrust* viene mantenuta entro i suoi limiti caratteristici, che sono quelli di prevenire e sanzionare l'illecito anticoncorrenziale tramite il potere di diffida e di sanzione. Il potere *antitrust*, d'altra parte, alla luce della giurisprudenza europea e nazionale, «non può spingersi sino a sostituire un assetto regolatorio, considerato anticompetitivo, con un diverso assetto ritenuto preferibile dall'Agcm», dal momento che deve essere volto «a riequilibrare e non a modificare l'assetto del mercato». Il potere *antitrust* non può, cioè, «tradire la propria funzione arbitrale e ripristinatoria», oltre che sanzionatoria, né può «trasmodare da strumento di riequilibrio in strumento di regolazione e conformazione del mercato»³⁸.

Nonostante il carattere complementare delle due funzioni, tuttavia si possono talvolta determinare in concreto momenti di sconfinamento tra la funzione di regolazione dell'ART e la funzione *antitrust* dell'AGCM e quindi possibili conflitti di competenza tra le due autorità, e ciò proprio a causa della promiscuità di poteri e fini che la legge assegna ad entrambe, conflitti che spetta poi al giudice amministrativo risolvere.

Questo fenomeno mostra quindi la fragilità del diaframma tra regolazione settoriale *ex ante* dell'ART per il mercato e tutela della concorrenza *ex post* dell'AGCM nel mercato ed evidenzia la difficoltà di delimitare esattamente gli ambiti di operatività delle due autorità, tanto che diventa inevitabile un certo grado di sovrapposizione³⁹.

Si pensi, nello specifico, al potere dell'ART di definire i criteri per la fissazione delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi da parte dei soggetti competenti, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese e gli utenti: aspetti rilevanti per il funzionamento di un mercato concorrenziale

interesse economico generale, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI, Torino, 2010, 117, 122.

³⁷ In questi termini, F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI, Torino, 2007, 149.

³⁸ L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma, 25-26 settembre 2013, 12-15, consultabile in www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/07/relazione-cds-def.pdf, alla quale si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali sul tema.

³⁹ A. FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Italian Antitrust Review*, 2014, n. 2, 64.

e per una efficace politica di tutela dei passeggeri. L'esercizio di tale potere è invero condizionato dalle valutazioni della medesima Autorità sulle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi di trasporto nazionali e locali: valutazione questa che sembra interferire con le competenze dell'*Antitrust*. Per cui, sarebbe opportuno anche in questo caso un coordinamento tra le due autorità, soprattutto quando una simile valutazione sia propedeutica all'elaborazione di criteri di formazione delle tariffe idonei a scongiurare il pericolo di abusi di posizione dominante o intese restrittive della concorrenza⁴⁰.

Anche il potere dell'ART di evitare e di correggere con misure adeguate discriminazioni tra le imprese⁴¹, oppure di fornire segnalazioni e pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza tra gli operatori del settore⁴², sembra duplicare le competenze in materia dell'AGCM.

Si possono determinare ulteriori sovrapposizioni nell'esercizio delle funzioni a tutela dei diritti dei passeggeri, degli utenti, dei consumatori e degli operatori economici. All'ART è infatti attribuito il potere di valutare e decidere tutti i reclami, le istanze e le segnalazioni, sia quelli trasmessi dalle predette categorie di soggetti, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte delle imprese esercenti il servizio di trasporto sottoposto a regolazione⁴³, sia quelli presentati dalle imprese ferroviarie che lamentino un trattamento ingiusto o discriminatorio o qualsiasi altro pregiudizio. Al riguardo, l'ART ha il potere di adottare qualunque misura necessaria per rimediare alla situazione⁴⁴. Di contro, all'AGCM è conferito il potere di agire, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, contro le pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive, con poteri inibitori, prescrittivi, cautelari e sanzionatori⁴⁵. Si aggiunge inoltre che, ai sensi dell'art. 2, comma 34, della legge

⁴⁰ Si veda sul punto F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, cit., 94.

⁴¹ Cfr. art. 37, comma 2, lett. f), d.l. n. 201/2011, ed art. 37, comma 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁴² Art. 37, comma 2, lett. f), comma 4, d.l. n. 201/2011.

⁴³ Art. 37, comma 3, lett. g).

⁴⁴ Art. 37, commi 2 e 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁴⁵ Cfr.: art. 27, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo); art. 8, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145; art. 27, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146. In materia di tutela del consumatore-utente contro le pratiche commerciali scorrette ci sono stati diversi interventi legislativi e giurisprudenziali che hanno tentato di fare chiarezza sui delicati rapporti di delimitazione degli ambiti di competenza dell'*Antitrust* e delle Autorità di regolazione settoriali (cfr. sul tema B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2016, 89 ss.). Sulla questione è intervenuta di recente anche la Corte di Giustizia UE, sez. II, 13 settembre, 2018, n. 54 (a seguito delle domande di pronuncia pregiudiziale proposte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato), sostenendo che non contrasta con il diritto europeo la normativa nazionale che, pur in presenza di una disciplina di settore come il codice delle comunicazioni elettroniche regolante in maniera compiuta le pratiche commerciali vietate, impone l'applicazione della normativa generale sulle pratiche scorrette del codice del consumo con la conseguente competenza sanzionatoria dell'AGCM, anziché dell'AGCOM.

n. 481/1995, per le materie attinenti alla tutela della concorrenza, l'AGCM esprime parere obbligatorio, entro il termine di trenta giorni, alle amministrazioni pubbliche competenti in ordine alla definizione delle concessioni, dei contratti di servizio e degli altri strumenti di regolazione dell'esercizio dei servizi nazionali.

Riguardo ai rapporti tra l'ART e l'ANAC, si osserva, invece, come il codice dei contratti pubblici, per un verso, la legge istitutiva dell'ART, per altro verso, attribuiscono ad ambedue le autorità funzioni interferenti in tema di definizione degli schemi dei bandi di gara e dei criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici. L'ANAC è chiamata sia a predisporre i "bandi tipo", a cui le stazioni appaltanti si devono conformare in sede di redazione dei bandi di gara, sia a determinare i criteri di nomina dei componenti delle commissioni aggiudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici⁴⁶. Di contro, l'ART è chiamata a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, a definire gli schemi dei bandi di gara per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati e, nel settore autostradale, a definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione e gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni⁴⁷. Non può peraltro escludersi un'area di contiguità più ampia, in considerazione, per un verso, della generale competenza dell'ANAC a vigilare sui contratti pubblici, anche in relazione ad aspetti diversi da quelli strettamente connessi alle procedure di gara, come, per esempio, sui profili connessi all'economica ed efficiente esecuzione dei contratti⁴⁸, per altro verso, della generale competenza dell'ART di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti e i consumatori⁴⁹.

Per superare l'*impasse* è necessario, pertanto, prevedere anche in questi casi forme di coordinamento delle rispettive azioni, tant'è che l'ART, nel 2014, ha stipulato due distinti protocolli d'intesa con l'AGCM e con l'ANAC⁵⁰, al fine

⁴⁶ Artt. 71 e 78, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

⁴⁷ Art. 37, comma 2, lett. f) e g), d.l. n. 201/2011.

⁴⁸ Art. 213, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁹ Art. 37, comma 2, lett. a), d.l. n. 201/2011.

⁵⁰ I Protocolli d'intesa tra ART e AGCM, nonché tra ART e ANAC, sono stati stipulati rispettivamente il 27 agosto 2014 ed il 20 novembre 2014 e sono disponibili nel sito dell'ART. Il 30 novembre 2016 è stato anche stipulato dall'ART un protocollo d'intesa con un'altra autorità indipendente, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, soprattutto in seguito allo sviluppo di servizi e applicazioni digitali ed alla necessità di adeguare reti e tecnologie per la fornitura dei servizi di connettività necessari al funzionamento dei nuovi dispositivi *smart* anche nel settore dei trasporti, che hanno aumentato l'interesse per un percorso di collaborazione e confronto su tematiche comuni. Inoltre, la nascita di tavoli di confronto e cooperazione per favorire la digitalizzazione nel settore dei trasporti, nell'ambito della più ampia Strategia europea verso il mercato unico digitale, come il "*Digital Transport and Logistics Forum (DTLF)*", ha stimolato la ricerca di sinergie tra i suddetti regolatori nazionali.

di disciplinare le modalità di cooperazione nelle materie di interesse comune, prevedendo lo scambio reciproco di informazioni, pareri e iniziative congiunte.

In proposito, vale la pena ricordare, per l'importanza della questione affrontata⁵¹ e perché inedita nel suo genere, la segnalazione congiunta di ART, AGCM e ANAC, del 25 ottobre 2017, in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale, in deroga alle procedure di gara, che al momento è consentito dalla normativa europea⁵² ed è seguito dalla quasi totalità delle nostre Regioni. Le tre autorità indipendenti richiedono, in particolare, che tale forma di affidamento diretto si conformi ai principi concorrenziali, soprattutto quando le amministrazioni competenti ricevano manifestazioni di interesse da parte di soggetti diversi dal potenziale affidatario (prescelto all'inizio).

3. *I tratti distintivi dell'attività regolativa dell'ART*

Prima di entrare nel vivo delle singole competenze regolatorie dell'ART in materia ferroviaria attraverso l'analisi di alcuni dei provvedimenti più significativi, che danno l'idea del ruolo ampio e delicato svolto da questa Autorità, occorre mettere in luce anzitutto i caratteri salienti della sua generale funzione di regolazione, che, in virtù delle attribuzioni e dei criteri e delle modalità di organizzazione e funzionamento di tale organismo, può essere subito rappresentata in termini schematici come regolazione: indipendente e neutrale; imperativa; partecipata; generale e preventiva, oppure individuale e successiva, con finalità orientativa, conformativa, integrativa e correttiva; atipica o, più precisamente, non sempre tipizzata; europea; intermodale ovvero multimodale; economica, sociale e ambientale.

Passando in rassegna ciascuno di questi elementi caratterizzanti, può dirsi che l'indipendenza di questa forma di regolazione discende dalla natura e dalle modalità di organizzazione e funzionamento dell'ART, in particolare dai criteri e dal procedimento per la nomina degli organi di vertice, dal regime del loro mandato, dall'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria, dalla sottrazione ai poteri di indirizzo e vigilanza del Governo e del Ministero competente.

Il Consiglio, che è l'organo deliberativo apicale, è infatti composto dal Presidente e da altri due membri, che sono scelti (nel rispetto dell'equilibrio di

⁵¹ Il trasporto ferroviario regionale è un settore nevralgico per il Paese ed un mercato dalle dimensioni enormi: secondo le stime del MIT, ove sono considerati sia i contributi pubblici sia i ricavi provenienti dal traffico, vale, infatti, 3,8 miliardi di euro annui, di cui 2,6 sovvenzionati dal settore pubblico.

⁵² Sul tema si veda M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2018, fasc. 1, 183 ss.

genere), per un periodo di sette anni non rinnovabili, tra persone di indiscussa moralità e indipendenza e di comprovata professionalità e competenza nei settori in cui opera l'ART. La loro nomina, formalizzata con decreto del Presidente della Repubblica, viene deliberata dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con il parere favorevole di almeno due terzi dei componenti della Commissione parlamentare competente. In questo modo, dovrebbe essere garantito il controllo democratico delle nomine, in quanto il Governo è obbligato a raggiungere un'intesa *bipartisan* e necessita della sottoscrizione del decreto da parte del Capo dello Stato⁵³.

Durante il mandato i componenti del Consiglio sono inoltre sottoposti ad un rigoroso regime di incompatibilità, in quanto non possono esercitare, direttamente o indirettamente, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati, né possono ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici, né possono avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza della medesima Autorità. Se poi sono dipendenti di amministrazioni pubbliche vanno collocati fuori ruolo per l'intera durata dell'incarico.

Infine, in forza delle disposizioni della legge n. 481/1995, per almeno due anni dalla cessazione dell'incarico, i componenti dell'ART, al pari dei dirigenti della medesima Autorità, non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza, altrimenti vanno incontro ad una sanzione pecuniaria, che nel massimo edittale può anche essere piuttosto elevata⁵⁴. L'intento di una simile previsione è, d'altra parte, quello di evitare il pericolo che durante l'espletamento dell'incarico i membri delle autorità indipendenti siano "catturati" dai soggetti regolati, tramite l'offerta, alla scadenza del mandato, di assunzione presso le società che in precedenza erano sottoposte alla loro attività di vigilanza,

⁵³ In tema sia consentito il rinvio a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 106.

⁵⁴ L'art. 2, comma 9, della legge n. 481 del 1995, applicabile all'ART, ai sensi dell'art. 37, comma 1, ult. per., d.l. n. 201/2011, prevede in particolare che la violazione di tale divieto sia punita, salvo che il fatto costituisca reato, con una sanzione pecuniaria pari, nel minimo, alla maggiore somma tra 50 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito e nel massimo alla maggiore somma tra 500 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito. All'imprenditore che abbia violato tale divieto si applica la sanzione amministrativa pecuniaria pari allo 0,5 per cento del fatturato e, comunque, non inferiore a 300 milioni di lire e non superiore a 200 miliardi di lire, e, nei casi più gravi o quando il comportamento illecito sia stato reiterato, la revoca dell'atto concessorio o autorizzativo. I valori di tali sanzioni sono rivalutati secondo il tasso di variazione annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevato dall'ISTAT. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai dirigenti che negli ultimi quattro anni di servizio sono stati responsabili esclusivamente di uffici di supporto. Si sottolinea come in origine il regime delle incompatibilità si estendesse per almeno un quadriennio successivo alla cessazione dell'incarico.

regolazione e sanzione. Si vuole cioè impedire il fenomeno del “*revolving door*”, che è comunque scongiurato, almeno in parte, dalla natura collegiale dell’organo deliberativo, che rende più difficili gli eventuali condizionamenti esterni⁵⁵. Per una maggiore garanzia di indipendenza delle persone nominate, il predetto regime di incompatibilità si ritiene che vada applicato anche al biennio che precede l’assunzione dell’incarico, prevedendo l’inconferibilità dello stesso ai soggetti che nei due anni pregressi abbiano svolto incarichi di vertice nelle imprese vigilate e regolate dall’ART. In questo modo, si sarebbe in linea con quanto stabilisce l’art. 4 del decreto legislativo n. 39 del 2013, applicabile alle amministrazioni indipendenti in virtù del richiamo contenuto nell’art. 1, comma 2, lett. a).

Un altro elemento che garantisce l’indipendenza dell’ART è la sua autonomia, non solo organizzativa, ma anche contabile e soprattutto finanziaria, dal momento che l’Autorità, concluso il periodo transitorio che prevedeva l’erogazione di una somma *una tantum* da parte dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, si finanzia attraverso un contributo proveniente dalle imprese regolate, che è stato giudicato legittimo sul piano costituzionale⁵⁶. In base alle

⁵⁵ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 44. L. CARLASSARE, *Gli organi di governo del sistema*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXVIII, *Informazione e telecomunicazione*, a cura di R. Zaccaria, Padova, 1999, 127, sottolinea che la collegialità rafforza il carattere imparziale e indipendente di queste autorità.

⁵⁶ La Corte cost., con sentenza 7 aprile 2017, n. 69, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale della disposizione del decreto legge istitutivo dell’ART, censurata per violazione degli artt. 3, 23, 41 e 97 Cost., laddove preveda che le attività dell’Autorità siano finanziate con un contributo versato dai gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati, in misura non superiore all’uno per mille del fatturato derivante dall’esercizio delle attività svolte e percepito nell’ultimo esercizio. Per la Corte è indubitabile che il contributo previsto dalla norma impugnata costituisca una prestazione patrimoniale imposta e rientri nel campo di applicazione dell’art. 23 Cost., con conseguente soggezione alla riserva relativa di legge, in virtù della quale la fonte primaria debba stabilire sufficienti criteri direttivi e linee generali di disciplina, richiedendosi in particolare che la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dai pertinenti precetti legislativi, che il soggetto e l’oggetto della prestazione imposta siano indicati compiutamente, mentre l’intervento complementare ed integrativo da parte della pubblica amministrazione debba rimanere circoscritto alla specificazione quantitativa (e qualche volta, anche qualitativa) della prestazione medesima. Ciononostante la previsione impugnata risulta conforme ai predetti criteri, in quanto il potere impositivo dell’amministrazione trova in essa e nelle altre norme pertinenti, anche di principio, «limiti, indirizzi, parametri e vincoli procedurali complessivamente adeguati ad arginarne la discrezionalità, anche nella prospettiva dei controlli e, segnatamente, dei controlli giurisdizionali ..., la cui incisività in concreto è, a propria volta, essenziale per l’effettività dell’art. 23 Cost». Per analoghe ragioni, sono da ritenere non fondate le censure formulate in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 Cost. «La platea degli obbligati deve intendersi accomunata dall’essere in concreto assoggettati all’attività regolativa dell’ART. A tutti gli operatori economici che si trovano in tale posizione è imposto il contributo, il quale, pertanto, non può non essere determinato attraverso un atto generale È poi compito del giudice comune verificare se, nella determinazione della misura dei contributi, oltre che nella individuazione dei soggetti tenuti a corrisponderli, siano stati o meno rispettati i criteri desumibili dall’intero contesto normativo che regola la materia, potendosi

norme istitutive, si tratta in ogni caso di una somma che non può superare l'uno per mille del fatturato riferito all'ultimo esercizio dell'impresa. Sotto il profilo procedurale, il contributo cui le imprese regolate sono assoggettate è determinato annualmente con atto dell'Autorità, anche se è sottoposto all'approvazione del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze. L'atto dell'ART si intende tuttavia approvato, se nel termine di trenta giorni dalla sua ricezione non vengono formulati rilievi, ai quali l'Autorità è tenuta a conformarsi.

La neutralità della funzione regolativa risiede, invece, nella posizione terza assunta dall'ART rispetto agli interessi dei soggetti pubblici e privati che operano nel mercato dei trasporti, in quanto l'Autorità non cura un determinato interesse pubblico, di apparato o collettivo, né sceglie tra gli interessi degli esercenti e

eventualmente trarre le naturali conseguenze nella sede giudiziaria appropriata ...». Inoltre, «L'insieme delle norme, sostanziali e procedurali, che disciplinano i poteri dell'ART, smentisce l'asserita imprevedibilità degli oneri contributivi, assunta dal rimettente come premessa di un turbamento ... della libertà individuale di iniziativa economica. Infine, in riferimento all'art. 97 Cost., «il coinvolgimento delle categorie imprenditoriali nel procedimento di determinazione del contributo non riduce, ma invece accresce imparzialità, obiettività e trasparenza dell'azione amministrativa, la quale rimane comunque caratterizzata ... da inequivocabili tratti autoritativi, assicurati anche dalla partecipazione governativa al procedimento di determinazione annuale del contributo».

Riguardo poi alla concreta individuazione dei soggetti obbligati è intervenuto il TAR Piemonte, sez. II, con la sentenza del 21 maggio 2018, n. 631, il quale, sulla base di quanto affermato nella precedente sentenza della Corte costituzionale – in cui si legge che «la platea degli obbligati non è individuata [...] dal mero riferimento a un'ampia, quanto indefinita, nozione di “mercato dei trasporti” (e dei “servizi accessori”); al contrario, deve ritenersi che includa solo coloro che svolgono attività nei confronti delle quali l'ART ha concretamente esercitato le proprie funzioni regolatorie istituzionali ...» – ha ritenuto che «L'obbligo di pagamento del contributo riguarda solo i soggetti che svolgono attività che siano già state assoggettate all'esercizio delle funzioni regolatorie affidate all'Autorità». Per cui, «L'individuazione di tali soggetti dipende ... da un dato concreto e non dalla circostanza (teorica e quindi di per sé opinabile) che l'ART possa intervenire nel settore in cui operano. Tantomeno l'obbligo di versamento del contributo può sorgere nei confronti di soggetti che della regolazione possono beneficiare ... né la partecipazione a consultazioni pubbliche preliminari alla regolazione in qualità di “stake-holders” trasforma questi soggetti [ossia, le ricorrenti associazioni di categoria e società che operano nei settori dell'autotrasporto e della logistica] in regolati». Per questi motivi il TAR in questione ha annullato le deliberazioni dell'ART n. 139/2016 e n. 145/2017 nella parte in cui individuano tra gli obbligati al versamento del contributo i “servizi di trasporto merci su strada”, anche se connessi con porti, scali ferroviari merci, aeroporti, interporti”, nonché i “servizi logistici e accessori ai settori dei trasporti”. In senso conforme, si v., di recente, TAR Piemonte, sez. II, 26 marzo 2019, n. 342, che riprende l'orientamento già espresso (dallo stesso Tribunale) in altre sentenze secondo il quale le imprese assoggettate a contribuzione sono tutte quelle che operano in settori nei quali l'ART abbia concretamente esercitato le proprie prerogative istituzionali, tra le quali rientrano non soltanto le attività di regolazione vera e propria, ma anche quelle meramente strumentali a tali attività (come l'acquisizione di informazioni, lo svolgimento di ispezioni, l'esame di reclami e segnalazioni, la redazione di pareri), nonché quelle di irrogazione di sanzioni nei casi previsti dalla legge.

degli utenti, ma tenta di comporli sulla base dei principi e dei criteri stabiliti dalla legge⁵⁷.

Gli atti di regolazione deliberati dall'ART⁵⁸ hanno natura imperativa, in quanto, oltre ad essere definitivi, sono vincolanti per tutti i destinatari della sua azione⁵⁹, tant'è che, per un verso, l'Autorità può imporne il rispetto, comminando adeguate sanzioni, per altro verso, sono soggetti al sindacato del giudice amministrativo e, più precisamente, del TAR del Piemonte, anziché del TAR del Lazio (sede di Roma), come recentemente statuito dal Consiglio di Stato, salvo poi domandarsi se la competenza spetti, in realtà, ad altro TAR, quando gli "effetti diretti" del provvedimento regolativo dell'ART siano circoscritti all'ambito territoriale di una regione diversa dal Piemonte⁶⁰.

⁵⁷ In questo senso, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 102-104.

⁵⁸ Sia gli atti regolativi a carattere individuale sia quelli a carattere generale.

⁵⁹ Il gestore della rete, le imprese ferroviarie, gli operatori di impianto, le amministrazioni statali, regionali e locali, ove interessate.

⁶⁰ Il Consiglio di Stato, con due ordinanze per regolamento di competenza, una, della sezione V, 13 luglio 2018, n. 4293, e un'altra, della sezione VI, 31 dicembre 2018, n. 7321, ha deciso che i ricorsi contro i provvedimenti regolatori dell'ART rientrano nella competenza del TAR del Piemonte e non nella competenza funzionale inderogabile del TAR del Lazio, sede di Roma, com'è previsto, invece, dalle disposizioni del codice del processo amministrativo per le controversie sui provvedimenti dello stesso genere (ma non solo) adottati dalle altre autorità amministrative indipendenti, ad eccezione delle liti relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, devolute alla competenza funzionale del TAR della Lombardia, sede di Milano (cfr.: art. 14, art. 133, comma 1, lettera l), richiamato dall'art. 135, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 104/2010).

Il ragionamento sviluppato dalla quinta sezione per giustificare la competenza del tribunale torinese desta interesse, poiché il collegio, nonostante riconosca "la natura statale dell'ART e l'efficacia nazionale dei suoi provvedimenti", ritiene tuttavia, "in assenza di una norma derogatoria espressa", che prevalga l'applicazione del criterio territoriale della "sede dell'amministrazione che ha adottato l'atto", espresso all'art. 13, comma 1, prima parte, c.p.a., poiché sarebbe "coerente con la manifesta finalità della legge del decentramento amministrativo a Torino della sede legale dell'Autorità", nonché "conforme ad una elementare esigenza operativa di funzionalità ed effettività della difesa erariale".

La linea argomentativa seguita dalla quinta sezione del Consiglio di Stato solleva, però, qualche perplessità, in quanto, benché si muova nell'ottica condivisibile di favorire la funzionalità e l'effettività della difesa erariale e di salvaguardare la specializzazione del giudice torinese su questo genere di controversie, finirebbe tuttavia per disapplicare il principio codificato dalla prima parte del comma 3, dell'art. 13, in virtù del quale andrebbe invece devoluta al TAR del Lazio la competenza per le controversie sugli "atti statali" con effetti ultraregionali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2016, n. 1647), come nel caso di specie, sebbene questo criterio di riparto della competenza territoriale sia considerato sussidiario e residuale rispetto a quello ritenuto principale della sede dell'organo.

Finora si è comunque ragionato sul presupposto dell'efficacia ultraregionale delle delibere regolative dell'ART. Cosa accade, invece, se gli "effetti diretti" degli atti regolativi dell'ART siano limitati all'ambito territoriale di una sola regione diversa dal Piemonte? Si pensi, per esempio, alla recente delibera dell'ART n. 121 del 6 dicembre 2018, che disciplina l'accesso all'infrastruttura ferroviaria regionale umbra e fissa i criteri per la determinazione da parte del gestore dei relativi canoni di accesso. Qui dovrebbe addirittura applicarsi un altro principio, codificato all'art. 13,

L'azione di regolazione dell'ART è poi partecipata, in modo ampio e rafforzato, nel rispetto del valore della "legalità procedimentale". Una forma di legalità, questa, che, secondo l'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato⁶¹, non solo resiste alla dequotazione dei vizi procedimentali, in quanto non sarebbe in questo caso applicabile il regime della non annullabilità degli atti (disciplinato dall'art. 21-octies della legge generale sul procedimento), ma compenserebbe anche il *deficit* di "legalità sostanziale", che talora si avverte in taluni atti e provvedimenti di regolazione delle autorità indipendenti, legittimandone in un certo senso l'operato. L'idea che la partecipazione procedimentale possa sostituire la legalità sostanziale non può però diventare un dogma, altrimenti finirebbe per assolvere sistematicamente il legislatore dal dovere di definire il potere pubblico in modo da evitare l'eccessiva latitudine delle scelte amministrative.

Nello specifico, tutti i soggetti interessati a vario titolo (gestore dell'infrastruttura, imprese ferroviarie, operatori di impianto, associazioni di settore, Regioni, Enti locali, etc.) dagli atti di regolazione di carattere generale, che l'ART intende concretamente adottare sulle questioni di sua competenza, vengono avvisati ed invitati a presentare, entro un tempo ragionevole predeterminato, che varia a seconda della complessità dell'atto, le proprie osservazioni e proposte sullo schema dell'atto regolatorio, che l'ART pubblica preventivamente, individuandone i presupposti, gli obiettivi (che intende raggiungere) ed i contenuti (ovvero, le questioni che intende affrontare).

Alcuni atti di regolazione sono preceduti da un'analisi di impatto della regolazione (AIR), che illustra gli effetti attesi dalle misure regolatorie individuate nel documento.

In altri casi, l'Autorità, al fine assicurare la massima partecipazione degli

comma 1, seconda parte, che devolve la competenza al TAR della regione entro i cui confini si producono gli effetti diretti ed immediati dell'atto impugnato. La regola ordinaria della sede dell'organo andrebbe, infatti, integrata e sostituita con quella del "luogo di produzione degli effetti diretti dell'atto" impugnato, ove essi siano "limitati all'ambito territoriale di un'altra regione", ossia di una regione diversa da quella in cui l'organo ha sede, come è stato chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nell'ordinanza per regolamento di competenza del 4 febbraio 2013, n. 4. Per il supremo organo di giustizia amministrativa i rapporti tra il criterio della sede e quello dell'efficacia spaziale sono costruiti, d'altra parte, «secondo una logica di complementarietà e di reciproca integrazione», nel senso che «il criterio ordinario rappresentato dalla sede dell'autorità amministrativa cui fa capo l'esercizio del potere oggetto della controversia, cede il passo a quello dell'efficacia spaziale nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un Tribunale periferico» (così, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 31 luglio 2014, n. 17).

Resta, pertanto, da chiedersi, laddove si intendano salvaguardare i principi di funzionalità e effettività della difesa erariale e di specializzazione del giudice amministrativo, se non sia il caso di introdurre una norma espressa che devolva al TAR del Piemonte tutte le controversie che coinvolgono i poteri esercitati dall'ART.

⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

stakeholders, oltre a sottoporre il documento che intende adottare a consultazione pubblica, tiene anche un'audizione pubblica nel corso della quale i portatori di interesse possono illustrare le proprie osservazioni e proposte, che l'Autorità è tenuta a valutare.

Il procedimento si conclude con l'approvazione dell'atto finale di regolazione, corredato di una relazione, che reca gli esiti dell'attività condotta in fase istruttoria, con una sintesi dei contributi pervenuti e delle relative valutazioni, l'illustrazione delle eventuali modifiche apportate al testo originario con le relative motivazioni, nonché le valutazioni che l'Autorità pone a fondamento delle misure adottate⁶².

La partecipazione dei destinatari dell'azione dell'ART, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, è ampiamente garantita anche nei procedimenti sanzionatori avviati dalla medesima, in cui si prevede la possibilità di chiudere il procedimento "in via negoziale", per così dire, senza cioè accertare l'infrazione, analogamente a quanto può avvenire nei procedimenti dinanzi all'AGCM. L'ART può cioè decidere di approvare e rendere obbligatori gli eventuali impegni proposti dalle imprese interessate, se idonei a far venir meno le violazioni riscontrate. Tali impegni, in ogni caso, prima di essere approvati, vengono sottoposti ad una procedura trasparente, denominata *market test*, che prevede la comunicazione degli impegni proposti agli altri soggetti partecipanti al procedimento (diversi dal proponente) e la loro pubblicazione nel sito dell'Autorità, al fine di consentire ai terzi interessati di presentare osservazioni scritte, entro un termine di trenta giorni. Anche queste osservazioni, a loro volta, vengono pubblicate nel sito, al fine di consentire al proponente di controdedurre. Le osservazioni e le controdeduzioni vengono poi valutate dall'Autorità prima dell'adozione del provvedimento finale⁶³.

Gli atti di regolazione finora adottati dall'ART nel settore ferroviario possono avere o un carattere generale e preventivo, con finalità orientativa e conformativa delle condotte dei destinatari, qualora interessino la generalità delle imprese che gestiscono e utilizzano l'infrastruttura ferroviaria ed i servizi connessi e siano adottati prima che le stesse svolgano la loro attività, per orientarla e conformarla in vista del raggiungimento dei fini di pubblico interesse, alla cui cura la medesima Autorità è preposta. È il caso, per esempio, delle delibere

⁶² Le finalità e le modalità di coinvolgimento degli *stakeholders* nei processi decisionali delle autorità e dell'ART in particolare sono illustrate da E. CASCETTA, S. BATTINI e C. DE LUCA, *Regolazione dei mercati e interazione con gli stakeholders*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione*. ..., cit., 67 ss.

⁶³ Cfr. art. 37, comma 3, lett. f), m), d.l. n. 201/2011, nonché regolamento deliberato dall'ART il 22 luglio 2015, che disciplina lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori di sua competenza. Per quanto riguarda i poteri sanzionatori di tipo pecuniario dell'ART in materia ferroviaria, si applica, tuttavia, anziché la disciplina generale prevista dal decreto istitutivo del 2011, la normativa speciale contenuta nei decreti n. 70/2014 e n. 112/2015, come precisato nel testo alla fine del successivo paragrafo.

che regolano le condizioni di accesso alle infrastrutture ferroviarie ed ai servizi connessi; che determinano i criteri tariffari oppure i criteri che gli operatori economici del settore devono osservare per la redazione della contabilità regolatoria, o per la separazione contabile ed eventualmente societaria; che definiscono i criteri per la redazione dei bandi e delle convenzioni aventi ad oggetto le gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale dei passeggeri, o i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; che stabiliscono le condizioni minime di qualità dei servizi ferroviari di trasporto dei passeggeri, nazionali, regionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico.

Oppure, la regolazione dell'ART può essere individuale, preventiva o successiva, con una finalità conformativa, integrativa e correttiva, qualora l'Autorità intervenga nei confronti di uno o più operatori economici individuati, prima che svolgano determinate attività, prescrivendo loro le condotte da porre in essere, oppure, nei confronti di imprese che abbiano già svolto un'attività considerata deviante o non conforme rispetto a regole eterodeterminate (a livello europeo o nazionale) o autodeterminate (dalla stessa ART), al fine di rimetterle per così dire "in riga", prescrivendo a loro carico obblighi di *facere*, a pena di sanzione pecuniaria (se non vengono osservati)⁶⁴. Si pensi, in questo caso, alle delibere con le quali l'Autorità prescrive al gestore dell'infrastruttura modifiche ed integrazioni da apportare al prospetto informativo della rete (PIR) già presentato o da predisporre, oppure alle delibere con le quali l'Autorità accetta e rende obbligatori gli impegni assunti dalle imprese regolate, qualora li consideri idonei a rimuovere le contestazioni da essa avanzate per la presunta infrazione di una regola.

La regolazione posta in essere dall'ART in certi casi può anche essere definita atipica, se gli atti che ne sono manifestazione non risultano tipizzati dalla legge. Talvolta, gli ambiti della regolazione ed i contenuti concreti e specifici che essa può assumere non sono sufficientemente predeterminati dal legislatore, sì da rendere impliciti taluni provvedimenti regolatori in concreto adottati, ma non illegittimi, nella misura in cui essi siano riconducibili inequivocabilmente alle attribuzioni e quindi al fascio di competenze dell'Autorità e siano necessari per lo svolgimento delle funzioni attribuitegli dalla legge e per il perseguimento efficace della pluralità di fini di pubblico interesse demandati dalla legge alle sue cure⁶⁵. Si pensi, per esempio, al potere dell'ART di disporre le «misure opportune di ripristino» a carico delle imprese ferroviarie che abbiano posto in essere con-

⁶⁴ Sui caratteri della regolazione posta in essere dalle autorità indipendenti, sia consentito rinviare a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., spec. 33, 47, 53, 76 ss., 201.

⁶⁵ I presupposti per l'ammissibilità di poteri impliciti di regolazione delle autorità indipendenti, in ossequio al principio di legalità ed al principio di buon andamento dell'amministrazione, sono indagati da C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., spec. 289 ss. In tema, di recente, si veda pure il lavoro monografico di P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

dotte contrastanti con i propri atti di regolazione o con gli impegni dalle stesse assunti⁶⁶, oppure di decidere di propria iniziativa in merito a «misure adeguate per correggere le discriminazioni contro i richiedenti, le distorsioni del mercato e altri eventuali sviluppi indesiderabili»⁶⁷.

La regolazione dell'ART si connota anche per il suo carattere europeo, in quanto tale Autorità è stata voluta dall'Unione europea ed è stata inserita nel quadro di una politica volta alla liberalizzazione del settore ed allo sviluppo di una rete transeuropea dei trasporti competitiva, sicura e sostenibile. La missione istituzionale dell'Autorità è, d'altra parte, quella di garantire l'attuazione della normativa europea nei vari comparti del trasporto attraverso l'esercizio di un ricco assortimento di poteri, sia regolatori sia di controllo e vigilanza, cautelari e inibitori, paragiurisdizionali e sanzionatori, di *advocacy* (pareri, segnalazioni e raccomandazioni, proposte, relazioni), con l'obbligo di cooperare con le amministrazioni nazionali, indipendenti e non, regionali e locali, che svolgono specifici compiti nel settore, nonché con le autorità similari degli altri Stati membri e con la Commissione europea⁶⁸. Al riguardo, si segnala l'*Independent Regulators' Group – Rail (IRG-Rail)*, il *network* internazionale, fondato nel 2011, che oggi riunisce gli organismi di regolazione dei trasporti ferroviari di 31 Paesi europei, che ha lo scopo di promuovere lo scambio di informazioni e la condivisione di *best practice* tra i Paesi membri e di sviluppare il dialogo con le Istituzioni europee per la creazione in Europa di uno spazio ferroviario unico, competitivo, efficiente e sostenibile.

Altro tratto distintivo della regolazione dell'ART è la sua intermodalità o multimodalità, nel senso che le sue delibere incidono anche sulle altre reti di trasporto di persone e di merci e sui servizi connessi⁶⁹, in linea con la *policy* europea, che intende utilizzare un approccio globale ed integrato al tema e puntare molto sull'intermodalità e sull'interoperabilità dei sistemi, allo scopo di costruire un sistema di mobilità sostenibile in tutto il territorio e ridurre le esternalità negati-

⁶⁶ Art. 37, comma 3, lett. f), d. l. n. 201/2011.

⁶⁷ Art. 37, comma 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁶⁸ Cfr. art. 38, d.lgs. n. 112/2015.

⁶⁹ Negli Stati membri dell'Unione europea si registrano soluzioni diversificate: Svezia, Danimarca e Finlandia hanno istituito autorità con competenze generali nel settore dei trasporti; mentre, Spagna, Francia e Regno Unito, hanno optato per l'istituzione di agenzie con competenze limitate a singoli settori del trasporto; in Germania ed Olanda, le autorità istituite hanno competenze regolatorie che riguardano sia i settori del trasporto che altri settori a rete (come, per esempio, poste, telecomunicazioni, elettricità, gas). Al trasporto multimodale è dedicata la prima parte del quinto rapporto annuale presentato dall'ART al Parlamento, il 20 giugno 2018, in cui si sottolinea come su tale tema si orientino ormai le riflessioni dei regolatori e dei *policy makers* nei diversi contesti nazionali e internazionali. L'anno in corso è stato, tra l'altro, dedicato, dalla Commissaria europea Violeta Bulc, alla multimodalità nei trasporti. Per gli studi comparati sul trasporto ferroviario si rinvia ai volumi citati alla nota 12.

ve tipiche dei trasporti, ossia i costi ambientali legati all'inquinamento acustico, dell'aria e dell'acqua, alla congestione prodotta dal traffico, ai costi della sicurezza dovuti ad incidenti e disastri.

L'ART, sotto questo profilo, attraverso, per esempio, il potere di definire i criteri a cui si devono uniformare i soggetti pubblici e privati competenti a vario titolo a fissare le tariffe, i canoni ed i pedaggi nei vari mercati dei servizi di trasporto, potrebbe favorire l'intermodalità nel trasporto di persone e di merci, secondo un approccio orientato allo sviluppo sostenibile, che, in base agli obiettivi fissati nel Libro Bianco della Commissione europea del 2011, richiede, tra le altre cose, di far viaggiare su strade ferrate o su vie navigabili, entro il 2030, il trenta per cento delle merci che percorre più di trecento chilometri, fino a raggiungere, entro il 2050, il cinquanta per cento. Una grande sfida per l'Italia, considerato che il sistema dei trasporti è per il momento molto sbilanciato sulla gomma.

Sul piano dell'intermodalità rilevano anche le delibere dell'ART che contengono indicazioni e prescrizioni per il gestore dell'infrastruttura ferroviaria, da inserire nel prospetto informativo della rete, in quanto la riscontrata carenza di determinate informazioni nel prospetto, che il gestore dell'infrastruttura è tenuto a predisporre e ad aggiornare tempestivamente, è spesso causa di mancate coincidenze intermodali, come è emerso dagli oltre quattrocento reclami e segnalazioni di passeggeri riguardanti le varie modalità di trasporto, pervenuti e riscontrati dall'ART nel 2015⁷⁰. Tant'è che l'Autorità, dopo aver preventivamente sottoposto a consultazione un documento preliminare, ha approvato, con la delibera 11 maggio 2016, n. 54, un atto di regolazione sul contenuto minimo degli specifici diritti che i passeggeri in possesso di "abbonamenti" possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi ferroviari ad alta velocità.

⁷⁰ A partire dal mese di giugno 2015, sono pervenute all'ART più di quattrocento segnalazioni e reclami da parte di viaggiatori, titolari di abbonamenti emessi da due imprese ferroviarie su diverse tratte ad alta velocità, che hanno evidenziato, anche tramite associazioni ed organizzazioni rappresentative dei loro interessi, una serie di disservizi, come: la scarsa accessibilità e l'esistenza di difficoltà nel perfezionamento o nelle modifiche della prenotazione del posto; l'impossibilità di accedere ai posti a sedere (e dunque di fruire del servizio di trasporto pagato anticipatamente), pur in presenza di posti liberi a bordo treno; l'assenza di informazioni chiare e trasparenti, prima e all'atto dell'emissione del titolo di viaggio, sull'esistenza di limitazioni alla fruibilità del servizio connesse alla scarsità del numero di posti resi disponibili sulle singole tratte per i viaggiatori in possesso dell'indicato titolo di viaggio, anche nelle ore di maggiore affluenza; l'assenza di un sistema di indennizzi specifico per il caso del susseguirsi di ritardi, di soppressione di treni e di mancata fruizione del titolo di viaggio. L'ART, dopo avere richiesto chiarimenti alle imprese, con delibera n. 103 del 30 novembre 2015, ha avviato il procedimento di consultazione pubblica nel corso del quale i soggetti interessati hanno potuto presentare, entro un dato termine, osservazioni e proposte sullo schema dell'atto di regolazione predisposto dall'Autorità con riguardo al contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che i passeggeri in possesso di titoli di viaggio prepagati per spostamenti ripetuti tra determinate città e con validità temporalmente definita, ivi compresi gli abbonamenti, possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi ferroviari ad alta velocità.

Quest'ultima delibera pone in evidenza la valenza sociale dell'attività di regolazione dell'ART, volta anche alla tutela dei diritti degli utenti dei servizi di trasporto, in forza della disposizione che le attribuisce il potere di definire il contenuto minimo di tali diritti, anche di natura risarcitoria, nei confronti dei gestori dei diversi tipi di servizi e infrastrutture⁷¹.

Anche la tutela dell'ambiente e delle esigenze sociali rappresenta, quindi, uno dei fini della regolazione posta in essere dall'ART, unitamente alle finalità economiche che è chiamata per legge a garantire, come la progressiva liberalizzazione del settore e l'adeguato sviluppo infrastrutturale delle reti di trasporto in Italia e, più specificamente, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti ed i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle varie infrastrutture ed ai relativi servizi di trasporto, anche in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano, nonché la qualità dei servizi di trasporto⁷².

L'apertura alla concorrenza del mercato ferroviario rappresenta, pertanto, solo uno dei fini perseguiti dall'attività di regolazione dell'ART, non certo il fine ultimo, essendo concepito, a sua volta, come obiettivo strumentale rispetto alla tutela di altri valori e interessi (finali)⁷³, potenzialmente configgenti e individuati dalla legge senza alcun ordine gerarchico, come il pieno dispiegarsi della libertà economica privata, l'adeguato sviluppo della rete infrastrutturale, l'efficienza gestionale dell'impresa che amministra la rete e delle imprese che offrono i servizi di trasporto, la salvaguardia dell'ambiente ed il benessere dei consumatori-utenti attraverso l'offerta di servizi di qualità migliore e a prezzi più bassi⁷⁴.

La funzione regolativa delle autorità indipendenti, d'altra parte, non è rivolta alla cura di un determinato interesse pubblico, ma a conciliare principi e valori di sistema, a comporre diritti e interessi, privati e pubblici, che si contrappongono all'interno di mercati (più o meno) aperti alla concorrenza⁷⁵.

Il ruolo regolatorio dell'ART è dunque molto ampio e complesso e, in virtù di taluni poteri conferiti, potrebbe anche interferire con la politica economica, industriale, ambientale e sociale del Governo, dovendosi l'interprete interrogare sulla problematica individuazione dei confini tra la funzione di regolazione indipendente e la funzione di indirizzo politico in materia⁷⁶. A tal proposito, si pensi,

⁷¹ Art. 37, comma 2, lett. e), d.l. n. 201/2011.

⁷² Art. 37, comma 2, lett. a), d).

⁷³ In questo senso, M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, cit., 510.

⁷⁴ In questo senso, C. IAIONE, *La regolazione pro-infrastrutturale. Rilievi preliminari sul diritto delle reti di trasporto e sulla nuova autorità indipendente*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. III, Napoli, 2013, 1651-1652.

⁷⁵ Così, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 102-104.

⁷⁶ I rapporti fra decisori politici e autorità indipendenti di regolazione, con particolare riferimento all'ART, sono analizzati da vari Autori in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board – 2015*, cit., con una breve sintesi ragionata delle principali conclusioni

per esempio, al potere dell'ART di: garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti ed i consumatori; assicurare l'accesso, a condizioni eque e non discriminatorie, alle infrastrutture ferroviarie; definire i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni per l'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi connessi, nonché i criteri di assegnazione della capacità e delle tracce⁷⁷; definire gli ambiti del servizio pubblico ferroviario sulle tratte e le modalità di finanziamento, dopo aver sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le Regioni e gli Enti locali interessati⁷⁸; fornire segnalazioni e pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza tra gli operatori del settore, sulle tariffe, sull'accesso alle infrastrutture, sulla congruenza di tali delibere con la regolazione economica⁷⁹.

4. *Un quadro di sintesi delle svariate competenze regolatorie dell'ART in materia ferroviaria e degli ulteriori poteri strumentali e complementari rispetto alla funzione di regolazione*

Dall'analisi finora condotta sono emerse le competenze regolatorie dell'ART, numerose fin dalla legge istitutiva del 2011 ed ulteriormente ampliate negli anni grazie al diritto europeo. Il quadro normativo appare, però, piuttosto disorganico ed in parte ripetitivo, in quanto le funzioni dell'ART sono disseminate tra varie disposizioni contenute in diversi testi di legge, modificati nel corso del tempo: l'art. 37 dei decreti legge n. 201/2011 e n. 1/2012, gli artt. 14 e 37 del decreto legislativo n. 112/2015, l'art. 48 del decreto legge n. 50/2017⁸⁰.

Con specifico riferimento al mercato ferroviario l'attività di regolazione dell'ART incide su tutti gli elementi essenziali: dai servizi infrastrutturali ai servizi di trasporto, dagli assetti generali del settore ai diritti degli utenti.

ad opera di M. SEBASTIANI, 131 ss. A. FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, cit., 52-53, osserva come nell'art. 37 del decreto istitutivo dell'ART si possano rinvenire "sottotraccia" anche poteri di indirizzo politico, tra i quali include i poteri di effettuare segnalazioni e rilasciare pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza, sulle tariffe e sull'accesso alle infrastrutture. Anche A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, cit., 598-599, sottolinea come le funzioni ed i poteri dell'Autorità influenzino significativamente la sostanza stessa delle indicazioni di *policy*, pensando a tal proposito all'incidenza delle tariffe sugli investimenti nel settore (che spetta allo Stato ed agli enti territoriali programmare, promuovere e finanziare) e sulle scelte degli utenti.

⁷⁷ Art. 37, comma 2, lett. b) e i).

⁷⁸ Art. 37, comma 1, d.l. n. 1/2012.

⁷⁹ Art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011.

⁸⁰ Decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96. L'art. 48 di tale decreto detta misure per promuovere la concorrenza e contrastare l'evasione tariffaria nei servizi di trasporto pubblico regionale e locale.

Per quanto riguarda la regolazione dei servizi infrastrutturali, compete in generale all'ART il potere di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, condizioni di accesso eque e non discriminatorie all'infrastruttura ferroviaria, agli impianti ed ai servizi accessori e, più nel dettaglio, il potere di definire i criteri per l'assegnazione della capacità di infrastruttura e delle tracce orarie e per la determinazione dei canoni da parte del gestore, facendo salva in ogni caso la sua indipendenza e tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico dello stesso. L'Autorità può altresì dettare al gestore dell'infrastruttura prescrizioni e indicazioni integrative e modificative del prospetto informativo della rete (PIR).

In tema di regolazione dei servizi di trasporto l'ART ha il potere di definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti, i criteri di determinazione delle tariffe da parte delle imprese ferroviarie, nonché, di stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico.

Nella regolazione degli assetti di settore possono essere inclusi svariati poteri dell'ART, taluni dei quali individuati attraverso formulazioni generiche che ne indicano le finalità ma non ne tipizzano il contenuto, così da renderli atipici, almeno in parte, come, per esempio, il potere dell'Autorità di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti e i consumatori, oppure, il potere di adottare misure adeguate per correggere eventuali discriminazioni contro le imprese ferroviarie, i gestori di impianto e gli altri operatori economici del settore, o distorsioni e altri possibili sviluppi indesiderati del mercato. Rientra in questa categoria anche il potere dell'Autorità di definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare, oppure, il potere di determinare i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici. Ancora, all'ART compete di stabilire, sentiti il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le Regioni e gli Enti locali interessati, gli ambiti del servizio pubblico sulle tratte e le relative modalità di finanziamento. L'Autorità determina anche i criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e impone, se necessario per garantire la concorrenza, la separazione contabile e societaria delle imprese integrate (cd. *unbundling*).

Nella regolazione dei diritti dell'utente va annoverato, infine, il potere dell'ART di determinare, in relazione ai diversi tipi di servizio e infrastruttura, il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che i passeggeri e gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture.

Per l'efficace svolgimento della funzione di regolazione rilevano, altresì, gli altri poteri attribuiti all'ART per ogni comparto del trasporto (sparsi, anche

questi, con talune ripetizioni, tra le disposizioni, già citate, dei decreti legge n. 201/2011 e n. 1/2012, e dei decreti legislativi n. 70/2014 e n. 112/2015), che svolgono un ruolo che può essere definito strumentale e complementare rispetto all'attività regolativa. Si tratta di una ricca panoplia di poteri: di monitoraggio e informazione, di controllo, anche ispettivo, inibitori, di segnalazione e raccomandazione, consultivi, cautelari, paragiurisdizionali, di proposta, nonché, in ultima analisi, in funzione di *enforcement*, di poteri sanzionatori di tipo pecuniario.

Nello specifico, l'ART è chiamata a monitorare la situazione concorrenziale nel mercato ferroviario ed a controllare di propria iniziativa le attività del gestore dell'infrastruttura, degli operatori degli impianti di servizio e delle imprese di trasporto, al fine di evitare trattamenti ingiusti, discriminazioni o qualsiasi altro pregiudizio nei confronti dei richiedenti, oppure allo scopo di verificare l'osservanza delle disposizioni relative alla separazione contabile e societaria. Controlla, in particolare, che il prospetto informativo della rete non contenga clausole discriminatorie o non attribuisca al gestore dell'infrastruttura poteri discrezionali che possano essere utilizzati per discriminare i richiedenti⁸¹. Vigila sull'indipendenza e sulla trasparenza finanziaria del gestore dell'infrastruttura e sulla corretta applicazione da parte dello stesso dei criteri per la determinazione dei pedaggi e per l'assegnazione delle capacità di rete e delle tracce orarie⁸². Con riferimento al trasporto ferroviario regionale, verifica che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o condizioni che impediscano l'accesso al mercato dei potenziali concorrenti e, più specificamente, controlla che la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti⁸³.

Nell'esercizio delle sue competenze l'ART ha il potere di richiedere informazioni a chiunque ne sia in possesso, inclusa l'esibizione di documenti necessari per l'esercizio delle sue funzioni, di raccogliere dichiarazioni da qualunque soggetto informato, di consultare regolarmente, e in ogni caso almeno ogni due anni, i rappresentanti degli utenti dei servizi ferroviari di trasporto merci e passeggeri, per tenere conto del loro punto di vista in relazione al mercato ferroviario⁸⁴.

Qualora l'ART sospetti possibili violazioni della regolazione negli ambiti di sua competenza, dispone anche del potere di svolgere ispezioni presso i soggetti sottoposti alla regolazione, mediante l'accesso agli impianti, ai mezzi di trasporto ed agli uffici. Durante l'ispezione può avvalersi della collaborazione di altri organi dello Stato (come, per esempio, la Guardia di Finanza, con la quale, il 30 novembre del 2016, ha stipulato un protocollo d'intesa), al fine di controllare i

⁸¹ Art. 37, commi 3 e 13, d.lgs. n. 112/2015.

⁸² Art. 37, comma 2, lett. i), d.l. n. 201/2011.

⁸³ Art. 37, comma 2, lett. f).

⁸⁴ Art. 37, commi 7, 8 e 13, d.lgs. n. 112/2015; art. 37, comma 3, lett. d), d.l. n. 201/2011.

libri contabili e qualsiasi altro documento aziendale, ottenerne copia, chiedere chiarimenti e informazioni, apporre sigilli⁸⁵.

Tra i poteri inibitori può ricomprendersi il potere dell'ART di ordinare la cessazione delle condotte in contrasto con i propri atti di regolazione e con gli impegni assunti dai soggetti regolati⁸⁶.

In circostanze straordinarie, ove ritenga che sussistano motivi di necessità e di urgenza, al fine di salvaguardare la concorrenza e di tutelare gli interessi degli utenti rispetto al rischio di un danno grave e irreparabile, l'ART può anche adottare provvedimenti temporanei di natura cautelare⁸⁷.

Tra le funzioni paragiurisdizionali rientra il potere dell'ART di valutare e decidere tutte le vertenze, i reclami, le istanze e le segnalazioni, sia quelle degli utenti e dei consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione⁸⁸, sia quelle delle imprese ferroviarie o degli altri operatori economici del settore, che ritengano di essere stati vittime di un trattamento ingiusto o discriminatorio o di qualsiasi altro pregiudizio. Nello svolgimento di questa competenza giustiziale l'ART può in particolare adottare "qualunque misura ritenga necessaria per rimediare alla situazione"⁸⁹: un potere, questo, individuato dalla legge con una formula vaga, che lo rende molto ampio ed atipico, non essendo sufficientemente predeterminato il suo contenuto.

L'Autorità ha altresì il compito di favorire l'istituzione di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti ed utenti⁹⁰.

L'ART può proporre all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio pubblico e di programma e degli atti assimilabili, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento⁹¹.

L'Autorità effettua segnalazioni e rilascia pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza tra operatori del settore, sulle tariffe, sull'accesso alle infrastrutture, nonché sulla congruenza di tali delibere con i propri provvedimenti di regolazione⁹².

Nell'ambito dei rapporti di stretta cooperazione con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie, l'ART ha il potere di fornire raccomandazioni in merito alle questioni che possono pregiudica-

⁸⁵ Art. 37, comma 3, lett. e), d.l. n. 201/2011.

⁸⁶ Art. 37, comma 3, lett. f).

⁸⁷ Art. 37, comma 3, lett. f).

⁸⁸ Art. 37, comma 3, lett. g).

⁸⁹ Art. 37, commi 2 e 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁹⁰ Art. 37, comma 3, lett. h), d.l. n. 201/2011.

⁹¹ Art. 37, comma 3, lett. c).

⁹² Art. 37, comma 4.

re la concorrenza nel mercato ferroviario, che il MIT e l'ANSF sono tenuti a prendere in considerazione, con l'obbligo di motivare se intendono discostarsi da esse; così come, allo stesso modo, l'ART è tenuta a valutare le raccomandazioni dell'ANSF in merito alle questioni che possono pregiudicare la sicurezza, dovendo eventualmente esplicitare le ragioni per cui non intende uniformarsi ad esse⁹³.

L'ART è inoltre tenuta a relazionare annualmente alle Camere sull'attività di regolazione svolta, evidenziando lo stato di attuazione della disciplina sulla liberalizzazione⁹⁴. Nel settore ferroviario, in particolare, relaziona anche al Governo sugli esiti della propria analisi circa l'efficienza dei diversi gradi di separazione tra l'impresa che gestisce l'infrastruttura e l'impresa ferroviaria⁹⁵.

Le competenze, infine, il potere di irrogare sanzioni amministrative di tipo pecuniario per le violazioni della disciplina nazionale ed europea, per l'inosservanza dei suoi ordini e delle sue prescrizioni, oppure per la mancata, inesatta, incompleta, fuorviante o ritardata ottemperanza alle sue richieste di informazioni. Le sanzioni pecuniarie, nel settore ferroviario, in forza dei decreti n. 70/2014 e n. 112/2015⁹⁶, sono però sottoposte ad una disciplina speciale, che si pone come derogatoria rispetto a quella generale contenuta nel decreto istitutivo del 2011⁹⁷, con riferimento sia alle tipologie di violazioni sia ai tetti massimi delle sanzioni pecuniarie irrogabili⁹⁸. I relativi introiti devono essere poi destinati ad un fondo per il finanziamento di progetti (approvati dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'ART medesima) a beneficio degli utenti e dei consumatori nei settori dei trasporti.

4.1. L'ampliamento delle funzioni con il decreto legislativo n. 139/2018. In particolare: il potere di garantire il rispetto dei requisiti di indipendenza, imparzialità e trasparenza finanziaria del gestore dell'infrastruttura ferroviaria nelle imprese integrate

Le funzioni dell'ART nel settore ferroviario vanno lette alla luce del continuo divenire del diritto europeo e del diritto interno, al quale l'Autorità è chiamata tempestivamente a conformarsi, con poteri via via più ampi, com'è accaduto di recente, per opera del decreto legislativo del 23 novembre 2018, n. 139 (entrato in vigore il 23 dicembre⁹⁹), che recepisce le disposizioni della direttiva dell'Unione europea n. 2370/2016 e modifica il precedente decreto n. 112/2015.

⁹³ Art. 37, commi 4 e 5, d.lgs. n. 112/2015.

⁹⁴ Art. 37, comma 5, d.l. n. 201/2011.

⁹⁵ Art. 37, comma 1, d.l. n. 1/2012.

⁹⁶ Art. 37, commi 10 e 14.

⁹⁷ Art. 37, comma 2, lett. l), comma 3, lett. i), l), m).

⁹⁸ M. BRIGNARDELLO, E.G. ROSAFIO, *Il settore ferroviario*, cit., 162.

⁹⁹ Ad eccezione di alcune disposizioni in tema di licenza, condizioni di accesso all'infrastruttura ferroviaria e richiesta di tracce orarie, applicabili dal 1° gennaio 2019.

Tra le novità in materia si segnalano: le funzioni regolatorie acquisite dall'ART nel mercato dei servizi di trasporto passeggeri ad alta velocità, ove l'esercizio del diritto di accesso all'infrastruttura è soggetto soltanto ai requisiti stabiliti dalla medesima Autorità¹⁰⁰; il potere della stessa di definire i criteri di differenziazione dei canoni per l'utilizzo dei corridoi ferroviari (di cui al regolamento n. 919/2016 della Commissione europea¹⁰¹); i poteri di controllo, di regolazione e paragiurisdizionali, che le sono stati affidati per garantire il rispetto di una serie di requisiti di indipendenza, imparzialità e trasparenza finanziaria del gestore della rete.

Il tema dell'indipendenza e dell'imparzialità del gestore dell'infrastruttura ferroviaria, soprattutto nelle imprese integrate verticalmente, riveste una posizione strategica per una piena liberalizzazione del mercato dei servizi di trasporto ferroviario. Occorre pertanto fare un cenno a quanto è accaduto sul punto in Italia ed in Europa, a partire dal 2016.

In Italia, il 16 maggio 2016, veniva infatti approvato, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che definiva i criteri di privatizzazione sostanziale e le modalità di dismissione di una quota (non superiore al 40%) della partecipazione detenuta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze nel capitale della *holding* Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. (FSI)¹⁰², che finora non ha però avuto concreta realizzazione. Per cui, FSI continua ad essere, per il momento, una società in mano pubblica, partecipata al cento per cento dal Ministero dell'economia e delle finanze (MEF). Tale dicastero ha poi il controllo, la direzione ed il coordinamento sia di Rete ferroviaria italiana S.p.a (RFI), che è il gestore ed il proprietario unico dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, sia di Trenitalia, che detiene la posizione dominante sul mercato dei servizi di trasporto ferroviario, sia di altre imprese che si occupano di attività connesse alle infrastrutture, ai trasporti e ad altri servizi¹⁰³. Questo modello di *governance* dell'infrastruttura ferroviaria e del servizio di trasporto tramite società "sorelle" in mano pubblica fa discutere, come si vedrà, soprattutto sotto il profilo della compatibilità con i principi europei ed interni sulla liberalizzazione del mercato ferroviario e in particolare sull'indipendenza e sull'imparzialità del gestore dell'infrastruttura da qualsiasi impresa ferroviaria.

In Europa, nel corso del 2016, si è invece concluso l'*iter* di approvazione (da

¹⁰⁰ Art. 12-bis, d.lgs. n. 112/2015, inserito dal d.lgs. n. 139/2018.

¹⁰¹ Art. 18, comma 9, d.lgs. n. 112/2015, come sostituito dal d.lgs. n. 139/2018.

¹⁰² I contenuti e le finalità del decreto sono descritti da L. BELVISO, *Il sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria a seguito dell'adozione della delibera n. 96/2015 dell'ART*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 132-134, il quale osserva, tra l'altro, come la delibera dell'ART n. 96/2015 (di cui si dirà nel successivo paragrafo) ne condivida i fini e ne faciliti la realizzazione.

¹⁰³ La *holding* Ferrovie dello Stato ha partecipazioni azionarie totalitarie o maggioritarie in numerose altre società che operano nel settore ferroviario, ma non solo. Alla fine del 2017 è entrata nel gruppo anche l'ANAS, gestore delle infrastrutture stradali ed autostradali italiane, dando vita al primo polo europeo integrato di infrastrutture ferroviarie e stradali.

parte delle istituzioni comunitarie) del “quarto pacchetto ferroviario”, composto da tre regolamenti e da tre direttive¹⁰⁴, che innova profondamente il quadro normativo del settore e propone un approccio integrato volto a rivitalizzare il trasporto ferroviario all'interno dello “spazio unico europeo” tramite la sua graduale liberalizzazione¹⁰⁵, interoperabilità¹⁰⁶ e intermodalità¹⁰⁷.

¹⁰⁴ I regolamenti e le direttive del “quarto pacchetto ferroviario” sono accompagnati da una comunicazione (“Quarto pacchetto ferroviario – Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee”) e da due relazioni (una, sul profilo e sui compiti degli altri membri del personale viaggiante, l'altra, sulla liberalizzazione del mercato del trasporto ferroviario internazionale di passeggeri). La Commissione europea ha presentato il pacchetto il 30 gennaio 2013 e, ad esito di un lungo percorso, nel mese di maggio del 2016, sono stati pubblicati il Regolamento (UE) 2016/796, del Parlamento europeo e del Consiglio, che ridefinisce lo *status* giuridico, il ruolo, gli obiettivi, le funzioni ed i poteri dell'Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie (e abroga il Regolamento (CE) n. 881/2004), la direttiva (UE) 2016/797, relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario europeo, e la direttiva (UE) 2016/798, sulla sicurezza delle ferrovie. Tali interventi sono diretti ad assicurare un processo di omogeneizzazione, sotto il profilo tecnico, in relazione alla sicurezza e all'interoperabilità del sistema ferroviario dell'Unione. Nel mese di dicembre del 2016, sono stati infine pubblicati il Regolamento (UE) 2016/2337, sulla normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie (che abroga il Regolamento (CEE) n. 1192/69 del Consiglio); il Regolamento (UE) 2016/2338, che (modifica il Regolamento (CE) 1370/2007, e) introduce nuove norme sull'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, e la direttiva (UE) 2016/2370, che riguarda anch'essa l'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, nonché la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria (e modifica la direttiva cd. *Recast* 2012/34/UE, istitutiva dello spazio ferroviario unico europeo, recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 112/2015). Questi altri interventi sono diretti ad una progressiva liberalizzazione di altri segmenti del trasporto ferroviario e ad un rafforzamento della posizione di indipendenza e imparzialità del gestore dell'infrastruttura e costituiscono il cd. “pilastro politico” del quarto pacchetto.

Alla base di tutti questi atti vi è la considerazione di una sostanziale stasi nello sviluppo del trasporto ferroviario. Malgrado, infatti, gli sviluppi positivi registrati in alcuni mercati, se si considera l'Unione europea nel suo complesso, la parte modale del trasporto ferroviario di merci ha subito un'inversione di tendenza dal 2000, passando, alla data di presentazione del pacchetto ferroviario, dall'11,5 al 10,2%; sempre nello stesso periodo la percentuale del trasporto ferroviario di passeggeri si è invece mantenuta pressoché costante, intorno al 6%.

¹⁰⁵ Sul tema si rinvia alla nota 1.

¹⁰⁶ Per interoperabilità si intende la capacità dei sistemi ferroviari nazionali di consentire la circolazione sicura e senza soluzione di continuità dei treni su tutto il territorio europeo attraverso una rete infrastrutturale adeguata. L'Unione europea si preoccupa da molti anni di promuovere l'interoperabilità ferroviaria al fine di pervenire alla creazione di un grande mercato del trasporto ferroviario nel quale si eserciti la libera concorrenza. L'azione comunitaria si è concentrata dapprima sulle linee ad alta velocità, dal momento che risulta più agevole l'armonizzazione di una rete in allestimento. Per il trasporto convenzionale l'armonizzazione è un compito difficile e di lunga durata, poiché gli investimenti sono in alcuni casi troppo elevati per assicurare una sufficiente redditività. Nell'ambito dell'Unione europea l'interoperabilità ferroviaria investe la concezione, la costruzione, la messa in servizio, il rinnovo, l'esercizio e la manutenzione degli elementi dei sistemi ferroviari, così come le qualifiche professionali e le condizioni di salute e di sicurezza del personale addetto.

¹⁰⁷ Per intermodalità qui si intende la capacità del trasporto ferroviario di integrare le altre modalità di trasporto di persone e di merci (v. pure nota 2).

Le misure poste in essere dal legislatore europeo, nel 2016, intendono risolvere una serie di inefficienze riscontrate nel mercato ferroviario, derivanti dall'assenza di adeguati stimoli concorrenziali, dal fatto che in determinati Stati membri i finanziamenti pubblici sono erogati direttamente, senza ricorso a procedure concorrenziali, dalla durata eccessiva e dai costi elevati delle procedure di autorizzazione alla prestazione del servizio, dagli ostacoli all'ingresso nel mercato di nuovi operatori, dovuti anche alle divergenze tra le pertinenti norme dei vari Stati membri, dalle distorsioni del mercato, dallo sviluppo insoddisfacente delle strutture.

Questo nuovo *corpus* di atti è volto in particolare a: garantire l'efficienza e l'omologazione delle norme, al fine di ridurre gli oneri tecnici e amministrativi per le imprese ferroviarie e favorire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato¹⁰⁸; potenziare la sicurezza, l'interoperabilità e l'intermodalità del sistema ferroviario; migliorare la qualità dei servizi e diversificarne l'offerta¹⁰⁹; scongiurare i conflitti di interesse nelle imprese ad integrazione verticale ed assicurare a tutti gli operatori un accesso equo e non discriminatorio al mercato; garantire una gestione più equa ed efficiente della rete, rafforzando il ruolo e l'indipendenza organizzativa e decisionale dei gestori delle infrastrutture da tutti gli operatori che forniscono servizi di trasporto ferroviario; assicurare la presenza di personale qualificato e motivato chiamato ad operare in un contesto innovativo e competitivo, derivante dalla maggiore apertura dei mercati ferroviari.

Tali interventi dovrebbero quindi permettere al settore ferroviario di realizzare le *performance* richieste, incrementando la propria quota di mercato, migliorando l'affidabilità e l'efficienza dei servizi offerti e diventando una valida alternativa alle altre modalità di trasporto, in linea con la politica europea dei trasporti, che si costruisce necessariamente sulla connettività intermodale delle varie infrastrutture e che ha assunto tra le sue finalità prioritarie il perseguimento di livelli più elevati di mobilità sostenibile e di sicurezza dei cittadini e delle imprese, la garanzia della libertà di movimento efficiente e a prezzi accessibili, la riduzione del consumo energetico e dell'impatto ambientale, con una significativa diminuzione delle emissioni di gas serra, prodotte soprattutto dal trasporto su strada¹¹⁰.

Il recepimento nell'ordinamento italiano di quest'ultimo pacchetto di norme

¹⁰⁸ È stato stimato che l'attuazione di queste misure dovrebbe comportare una riduzione del 20% dei tempi di accesso al mercato per i nuovi operatori, nonché del costo e della durata delle procedure di autorizzazione del materiale rotabile, con un risparmio complessivo per le imprese stimato in circa 500 milioni di euro entro il 2025.

¹⁰⁹ L'attuazione di tali misure, associate alle riforme strutturali, dovrebbe invece assicurare, entro il 2035, più di 40 miliardi di euro di benefici finanziari ai cittadini e alle imprese.

¹¹⁰ In questo senso, cfr. L. AMMANNATI, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in *federalismi.it*, 14 febbraio 2018, spec. 6, 11, 14-15

è avvenuto finora parzialmente, alla fine del 2018, grazie al predetto decreto n. 139, con il quale è stata data attuazione solo ad una delle tre direttive europee del 2016, la n. 2370¹¹¹, che modifica la precedente direttiva n. 34/2012 per quanto riguarda l'apertura alla concorrenza (anche) dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri (già sperimentata in alcuni Stati membri, tra cui l'Italia) e la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria.

Il decreto legislativo n. 139/2018 apporta rilevanti modifiche al precedente decreto n. 112/2015, al fine di completare il processo di liberalizzazione del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri e di rafforzare l'indipendenza del gestore della rete, con specifico riferimento alle imprese integrate verticalmente, assegnando, si è visto, nuove competenze all'ART¹¹².

Per l'instaurazione di un mercato ferroviario effettivamente concorrenziale non sembra comunque che al momento abbia rilievo il regime privatistico o pubblicistico della proprietà degli *asset*¹¹³ e delle singole imprese, né pare che sia di ostacolo la presenza di "imprese a integrazione verticale"¹¹⁴. Ciò che certa-

¹¹¹ Le altre due direttive del 2016, la n. 797 e la n. 798, non sono state ancora recepite e fanno parte, insieme ad alcuni regolamenti, del cd. pilastro tecnico, dal momento che comprendono l'insieme delle iniziative per rimuovere le barriere tecniche ed amministrative che ancora si frappongono alla creazione di un sistema comune di sicurezza e interoperabilità all'interno di uno spazio ferroviario europeo unico.

¹¹² All'estensione delle competenze dell'ART aveva pure contribuito il decreto legge n. 109/2018 (già citato), all'art. 16.

¹¹³ In questo senso, B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, cit., 361, 363, il quale osserva come per il diritto comunitario sia indifferente se la proprietà delle reti nei settori del trasporto ferroviario, dell'energia elettrica e delle comunicazioni elettroniche, sia pubblica o privata, essendo rilevante soltanto la modalità della loro utilizzazione, e ciò in quanto le reti sono considerate beni posti per l'uso comune del mercato, non tanto perché possono essere utilizzate liberamente dagli operatori economici, quanto piuttosto perché sono risorse la cui utilizzazione deve recare beneficio al mercato nel suo insieme, tant'è che l'intervento pubblico nel contesto delle liberalizzazioni dei servizi a rete è rivolto principalmente a garantire un utilizzo delle reti che promuova lo sviluppo del mercato nel suo complesso. La regolamentazione amministrativa delle reti è dovuta al fatto che dalle modalità di utilizzazione delle stesse «dipende in ultima istanza la capacità del mercato di produrre efficienza nella produzione dei servizi» e, per converso, al fatto che l'efficienza nell'utilizzazione delle reti «non può essere assicurata dalle forze di mercato prive di adeguata regolamentazione».

¹¹⁴ In base alla definizione fornita dall'art. 1 della direttiva europea n. 2370/2016 ed inserita al punto 31 dell'art. 3 della direttiva europea n. 34/2012, per «impresa a integrazione verticale» si intende un'impresa per cui si verifica, ai sensi del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, una delle situazioni seguenti:

- a) un gestore dell'infrastruttura è controllato da un'impresa che contemporaneamente controlla una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura;
- b) un gestore dell'infrastruttura è controllato da una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura;
- c) una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura sono controllate da un gestore dell'infrastruttura.

mente rileva sono, invece, i diversi tipi e livelli di separazione tra i gestori delle infrastrutture essenziali e i gestori del servizio di trasporto ferroviario e, quindi, tra chi controlla le risorse e chi le usa¹¹⁵, affinché sia garantita l'effettiva indipendenza organizzativa, funzionale e finanziaria dei primi e l'assenza di conflitti di interesse.

Si può semmai discutere se la sola separazione contabile e giuridica del gestore dell'infrastruttura da qualsiasi altra impresa ferroviaria, anche facente parte di una struttura integrata, nonché le ulteriori misure di salvaguardia previste dalla direttiva europea n. 2370/2016 e dal decreto legislativo di recepimento n. 139/2018 (di cui si dirà subito), siano sufficienti affinché sia assicurata la piena indipendenza del gestore dell'infrastruttura e la sua imparzialità di azione non venga compromessa da alcun conflitto di interesse, in modo da non generare discriminazioni e da non pregiudicare la *par condicio* concorrenziale tra gli operatori.

Le garanzie specifiche introdotte dalla direttiva e dal decreto si prefiggono intanto di impedire che le entità giuridiche facenti parte dell'impresa integrata abbiano un'influenza determinante sulle decisioni adottate dal gestore dell'infrastruttura, in relazione, però, alle sole funzioni essenziali quali l'assegnazione delle tracce ferroviarie e l'imposizione dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura. Tali norme intendono anche garantire la trasparenza e l'imparzialità del gestore in relazione alle funzioni di gestione del traffico e di programmazione della manutenzione dell'infrastruttura. Tra queste misure va anzitutto ricordato il divieto per i membri del consiglio di amministrazione del gestore dell'infrastruttura o, qualora istituito, del consiglio di vigilanza, nonché per i responsabili delle decisioni sulle funzioni essenziali, di poter ricoprire contemporaneamente simili incarichi all'interno di un'impresa ferroviaria. Oppure, il divieto per questi soggetti di poter ricevere da una delle imprese integrate retribuzioni basate sui risultati, o premi legati primariamente alla prestazione finanziaria di specifiche imprese ferroviarie, ad eccezione degli incentivi connessi alla prestazione globale del sistema ferroviario. Ed ancora, il divieto di comunicare alle imprese ferroviarie integrate informazioni sensibili sulle funzioni essenziali. Le misure di trasparenza finanziaria sono volte invece ad impedire la pratica dei sussidi incrociati, tra cui quelle che stabiliscono che le entrate del gestore dell'infrastruttura

Per impresa integrata si intende inoltre un'impresa costituita da divisioni distinte, in cui vi sia un gestore dell'infrastruttura e una o più divisioni che forniscono servizi di trasporto non dotate, però, di personalità giuridiche diverse.

Se poi sono pienamente indipendenti l'uno dall'altra, ma entrambi sono controllati direttamente da uno Stato membro senza un'entità intermedia, un gestore dell'infrastruttura e un'impresa ferroviaria non sono considerati un'impresa a integrazione verticale ai fini della direttiva.

¹¹⁵ Cfr. in tal senso l'audizione presso il Senato del Presidente dell'ART, tenuta il 12 gennaio 2016, avente ad oggetto lo schema del DPCM sulla privatizzazione delle Ferrovie dello Stato (disponibile su <http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2013/11/Audizione-Privatizzazione-Gruppo-FS-Presidente-Camanzi-12-gennaio2016.pdf>).

derivanti da attività beneficiarie di fondi pubblici debbano essere utilizzate dal gestore soltanto per finanziare la propria attività (inclusa la gestione e il rimborso dei prestiti) e che precisano che i dividendi derivanti da tali entrate non possano essere distribuiti alle imprese ferroviarie integrate nello stesso gruppo al quale appartiene il gestore, né alla capogruppo¹¹⁶.

Il decreto di attuazione, poi, amplia la portata della direttiva europea, generando alcuni dubbi di conformità con la stessa. Nel primo caso, prevede, infatti, che i responsabili delle decisioni sulle funzioni essenziali del gestore dell'infrastruttura non possano ricoprire, per un periodo di ventiquattro mesi da quando cessano dalle proprie originarie funzioni, alcun ruolo all'interno delle imprese ferroviarie operanti sulla medesima infrastruttura¹¹⁷, estendendo così la portata della direttiva, in quanto il divieto finisce per coinvolgere anche le imprese che non fanno parte del gruppo a cui appartiene il gestore. Il rischio, secondo l'ART, è di produrre effetti limitativi della concorrenza (contrari a quelli attesi), qualora le imprese ferroviarie che competono con l'operatore dominante vengano private della possibilità di acquisire professionalità essenziali molto specialistiche, non comunemente disponibili sul mercato. Anche in tema di trasparenza finanziaria del gestore viene inserita dal decreto una disposizione non necessitata dalla direttiva – che secondo l'Autorità potrebbe contrastare con il principio di non discriminazione delle imprese ferroviarie concorrenti¹¹⁸ – sul caso speculare degli utili che possono invece essere distribuiti alle imprese facenti parte del gruppo verticalmente integrato, ove si tratti di dividendi del gestore dell'infrastruttura prodotti da attività che non comportino l'impiego di fondi pubblici, oppure, di entrate derivanti dai canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria¹¹⁹.

Se poi le misure finora descritte non siano considerate elementi sufficienti per garantire la totale indipendenza e imparzialità dell'amministratore della rete ferroviaria, ove questi faccia parte di un gruppo societario in cui la capogruppo controlli pure una o più imprese ferroviarie di trasporto, si può discutere se non sia più proficuo realizzare una vera e propria separazione istituzionale, ovvero una separazione proprietaria del gestore della rete, scorporandolo dal gruppo societario e quindi dalla possibile influenza dominante della *holding company*, e ciò allo scopo di neutralizzare i conflitti di interesse che potrebbero comunque permanere nel gruppo per ragioni legate alla massimizzazione del profitto.

¹¹⁶ Cfr. art. 7 e art. 7-bis, comma 2, nonché art. 7-quinquies, direttiva europea n. 34/2012, inseriti da art. 1, direttiva n. 2370/2016.

¹¹⁷ Art. 11, comma 7, d.lgs. n. 112/2015, come sostituito da art. 7, d.lgs. n. 139/2018.

¹¹⁸ In questi termini si è espresso il Presidente dell'ART nell'audizione del 18 settembre 2018, presso l'8° Commissione del Senato della Repubblica, in merito allo schema del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2016/2370/UE (disponibile su: www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2018/09/AudizioneVII.SenatoRecepDIR2370-2016_rev270918.pdf).

¹¹⁹ Cfr. art. 11-quater, comma 3, d.lgs. n. 112/2015, inserito da art. 8, d.lgs. n. 139/2018.

In proposito la Commissione europea, all'inizio del 2013, nella comunicazione sul quarto pacchetto ferroviario e nella proposta di direttiva, pur ritenendo che le imprese a integrazione verticale, anche con struttura di *holding*, possano mantenere la proprietà del gestore dell'infrastruttura, a condizione che siano introdotte misure forti ed efficaci di salvaguardia dell'indipendenza decisionale del gestore, ha tuttavia espresso una preferenza per la separazione radicale dei gestori delle infrastrutture dalle *holding* che controllano altre imprese ferroviarie, poiché la «separazione istituzionale tra la gestione dell'infrastruttura e l'esercizio del trasporto» è «la soluzione più semplice e più efficace per creare condizioni di parità tra gli operatori del trasporto» e «per garantire che i gestori dell'infrastruttura possano svolgere tutte le funzioni necessarie ... in modo ottimizzato, efficiente e non discriminatorio»¹²⁰. È innegabile, d'altra parte, che «i gestori dell'infrastruttura si trov[ino] di fronte ad un conflitto di interessi», qualora debbano «tener conto degli interessi commerciali della struttura integrata e delle sue società controllate che operano nei trasporti» e siano quindi indotti a «operare discriminazioni quando si tratta di fornire l'accesso all'infrastruttura». Le strutture integrate rendono poi «molto più difficile applicare la separazione contabile tra gestione dell'infrastruttura e attività di trasporto». In presenza di una struttura integrata, le stesse «autorità di regolamentazione incontrano difficoltà a tracciare i flussi finanziari tra le diverse società controllate e la società *holding*», per impedire «la pratica dei sussidi incrociati e il trasferimento ad attività competitive dei fondi destinati all'infrastruttura», anche perché gli «strumenti contabili permettono di aumentare o diminuire artificialmente i risultati delle rispettive società controllate». Il che costituisce «un grande ostacolo all'ingresso sul mercato per i nuovi operatori che non possono contare su tali fondi» e può altresì «implicare la concessione di aiuti di Stato ad attività concorrenziali»¹²¹.

Non mancano, tuttavia, autori che hanno evidenziato alcuni svantaggi del modello della separazione istituzionale, caratterizzata dalla separazione proprietaria, oltre che strutturale, del gestore dell'infrastruttura dalle imprese di trasporto, tra cui i maggiori costi di coordinamento e riorganizzazione delle imprese¹²², com'è accaduto, per esem-

¹²⁰ Bruxelles, 30 gennaio 2013, COM (2013) 25 *final*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sul “Quarto pacchetto ferroviario – Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee” (disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52013DC0025>).

¹²¹ Bruxelles, 30 gennaio 2013, COM (2013) 29 *final*, “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico, per quanto riguarda l'apertura del mercato dei servizi di trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia e la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria” (disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0029:FIN:IT:PDF>).

¹²² In questo senso, D. VAN DE VELDE, *European Railway Reform: Unbundling and the Need for Coordination*, in *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe*, a cura di M. FINGER e P. MESSULAM, 2015,

pio, in Gran Bretagna, negli anni novanta del secolo scorso, con la privatizzazione della *British Rail*, che è però consistita nello smembramento della compagnia in circa cento aziende diverse e che ha visto, nei primi anni duemila, il fallimento del gestore della rete (*Railtrack*) e la sua successiva ripubblicizzazione come organismo governativo¹²³.

Allo stato attuale degli studi appare in ogni caso difficile esprimere un giudizio definitivo su quale dei due modelli di *unbundling* per la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria debba prevalere per avere un unico mercato ferroviario europeo altamente competitivo: se la separazione verticale (istituzionale o proprietaria) o l'integrazione verticale (separazione strutturale o societaria). Entrambi i modelli presentano infatti una serie di vantaggi e svantaggi, secondo quanto emerge dai risultati di una ricerca condotta dai Servizi della Commissione europea, pubblicati nel 2006¹²⁴.

Nello specifico, i maggiori vantaggi della separazione verticale sono stati individuati in «*an increase in transparency, in cost efficiency, in neutrality, in the competition level and in reliability as well as better possibilities to privatize commercial activities*»¹²⁵. È stato osservato che la maggiore trasparenza nella gestione dell'infrastruttura in regime di separazione verticale consente un miglior confronto dei costi delle ferrovie rispetto alle altre modalità di trasporto, migliora la posizione informativa del regolatore, permettendogli di impostare in modo più appropriato le tariffe e gli incentivi, e riduce il rischio di sussidi incrociati e di informazioni asimmetriche. Questo, a sua volta, consente di determinare i costi reali di gestione di un'impresa ferroviaria e crea parità di condizioni per i potenziali concorrenti. La separazione istituzionale consente altresì una migliore specializzazione delle attività principali e una migliore personalizzazione dei beni e dei servizi offerti. Inoltre, riduce i costi unitari grazie all'aumento del traffico ferroviario. L'accesso equo e non discriminatorio alla rete (*third-party access to network*), come è stato già detto, è maggiormente garantito dalla separazione proprietaria, in quanto il gestore dell'infrastruttura non è incentivato a fornire un trattamento preferenzia-

Cheltenham, Edward Elgar, 52 ss., il quale *takes a critical look at the consequences of EU unbundling policy and clarifies the concept of railway unbundling before illustrating the wide diversity in implementation of this policy across Europe*. L'autore evidenzia *the defective coordination and cost-ineffectiveness that may result from incentive misalignment between entities resulting from vertical separation*.

¹²³ Cfr. T. PROSSER, *La disciplina del trasporto ferroviario nel Regno Unito e il sistema dei "franchises"*, Intervento al Convegno "Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario", Università degli studi di Roma "La Sapienza", 19-20 Novembre 2015.

¹²⁴ Il documento è allegato alla relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, sull'attuazione del primo pacchetto ferroviario: *European Commission, Commission Staff Working Document Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives ("First Railway Package")*, Bruxelles, 3 maggio 2006, {COM(2006) 189 final}, 35-41, reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52006SC0530>.

¹²⁵ *Ivi*, 36.

le ad un determinato operatore e neppure a limitare l'accesso ai nuovi operatori. La separazione verticale aumenta anche il livello di concorrenza e le pressioni concorrenziali garantiscono a loro volta che le imprese ferroviarie adottino le necessarie misure di razionalizzazione e producano innovazione e sviluppo nel settore. Viceversa, la proprietà dell'infrastruttura e del servizio di trasporto non produce alcun incentivo a promuovere la libera concorrenza, perché le tendenze monopolistiche non favoriscono l'ingresso di altre imprese ferroviarie alla stessa infrastruttura. Una maggiore indipendenza nella gestione e nel finanziamento della rete assicura che le decisioni siano prese nel migliore interesse della rete stessa. Inoltre, come accennato in precedenza, la trasparenza generata dall'*unbundling* consente al regolatore di creare incentivi adeguati per le reti, che stimolano il loro sviluppo e migliorano la qualità dei servizi offerti. Infine, la separazione verticale facilita la privatizzazione di diverse organizzazioni ed attività all'interno del settore e la privatizzazione dei segmenti competitivi del settore aumenta generalmente la loro efficienza¹²⁶.

Viceversa, tra gli effetti negativi che possono essere innescati dalla separazione verticale vengono annoverati «*the existence of transitional costs, the loss of economies of scope, the risk of double marginalization, coordination problems, as well as the possible negative effects on the quality, safety and reliability of rail services and on the level of competition*»¹²⁷. È stato sottolineato che il passaggio dall'integrazione alla separazione verticale comporta costi di transizione dovuti alla ristrutturazione organizzativa delle imprese ed alla rinegoziazione degli accordi contrattuali tra le parti. Tuttavia, tali costi dovrebbero essere successivamente compensati dalla riduzione dei costi per l'esercizio dei servizi ferroviari grazie ad una maggiore concorrenza nel settore. Si è altresì osservato che le economie di scopo derivanti da operazioni integrate potrebbero andare perdute con l'*unbundling* di attività fondamentali. Ancora, in un sistema integrato gli incentivi del gestore ad investire nell'infrastruttura sono generalmente maggiori rispetto ad un sistema separato. Questo problema può essere tuttavia superato mediante un controllo regolatorio più rigoroso e l'inserimento di apposite clausole nei contratti di programma che vengono stipulati con il gestore dell'infrastruttura. Grazie ad un'efficace regolamentazione dei diritti di accesso all'infrastruttura e delle tariffe ferroviarie, può essere pure evitato il problema della cd. "doppia marginalizzazione", che è quella situazione in cui ciascuna delle imprese separate verticalmente, in fasi diverse della catena di valore (in questo caso, gestione dell'infrastruttura e prestazione del servizio di trasporto), carica un margine al di sopra del costo efficiente del servizio che fornisce. In un ambiente separato la risoluzione dei conflitti potrebbe inoltre rivelarsi relativamente più complicata. Una serie di decisioni spesso richiedono il coinvolgimento reciproco di tutte le parti del sistema e devono

¹²⁶ *Ivi*, 36-37.

¹²⁷ *Ibidem*.

essere prese rapidamente, per cui la separazione verticale determina ed aumenta i costi di transazione per prendere le decisioni. Questi problemi di coordinamento possono poi determinare un aumento dei ritardi e delle cancellazioni e, persino, una riduzione della sicurezza. In alcuni casi si è anche osservato che l'*unbundling* delle imprese integrate può dar vita ad entità finanziariamente meno forti e, di conseguenza, più esposte al rischio di fusioni e acquisizioni, che possono ridurre il numero dei rivali e quindi il livello di concorrenza. Infine, l'affidabilità dei servizi ferroviari può in alcuni casi essere influenzata negativamente dal maggior rischio di comportamenti opportunistici degli attori coinvolti nel settore e dagli investimenti insufficienti nelle infrastrutture. Inoltre, possono sorgere problemi che non hanno una chiara identificazione delle rispettive responsabilità dei gestori dell'infrastruttura e degli operatori del servizio di trasporto. Tuttavia, come è stato detto in precedenza, la pressione competitiva sugli operatori generata dalla separazione, molto probabilmente potrebbe costringerli a offrire servizi migliori e più affidabili e questo guadagno di affidabilità, dunque, compensare gli impatti negativi di possibili comportamenti opportunistici e/o di investimenti insufficienti nelle infrastrutture.

Dunque, in sintesi, il rapporto tra vantaggi e svantaggi del modello dell'integrazione verticale (*holding company model*) o del modello della totale separazione (*full unbundling model*) nella gestione dell'infrastruttura sembra risolversi in un classico *trade off* tra efficienza tecnica e questioni di concorrenza¹²⁸.

Per tutte queste considerazioni il legislatore dell'Unione europea, al momento, lascia agli Stati la libertà di scegliere il modello di *governance* dell'infrastruttura ferroviaria, potendo ciascuno optare per un livello maggiore o minore di separazione delle attività di gestione della rete dalle attività connesse alla prestazione dei servizi di trasporto, tant'è che alcuni Paesi, come, ad esempio, la Gran Bretagna, la Svezia, la Norvegia, la Danimarca, l'Olanda, la Spagna, il Portogallo, hanno adottato il regime della separazione proprietaria, con un amministratore della rete separato radicalmente da tutte le imprese di trasporto (e quindi anche dall'operatore storico o principale o dominante), mentre altri Paesi, tra cui l'Italia, la Germania, la Francia, l'Austria, il Belgio, la Grecia, la Polonia, hanno utilizzato il modello della separazione contabile e strutturale o societaria, con un gestore dell'infrastruttura che, seppure costituito come entità giuridica distinta rispetto alle imprese ferroviarie, tuttavia fa sempre parte di un'impresa a integrazione verticale, essendo controllato dalla *holding* che contemporaneamente controlla altre imprese ferroviarie che effettuano servizi di trasporto sulla rete del gestore dell'infrastruttura¹²⁹.

¹²⁸ In questi termini, C. CAMBINI, *IV Railway Package: Critical Issues from a Regulatory Perspective*, relazione introduttiva al Seminario *Il IV Pacchetto ferroviario: lo stato dell'arte*, Torino, 18 settembre 2014.

¹²⁹ Per un'analisi dei diversi modelli di *unbundling* nel settore ferroviario, si v., tra gli altri: C.

La stessa Corte di giustizia, chiamata più volte a decidere sulla compatibilità dei gestori di rete inseriti nelle imprese integrate con l'indipendenza degli stessi prescritta dalle direttive europee, ha respinto le censure della Commissione, ritenendo che la stessa non avesse fornito prove concrete¹³⁰ sulla mancata indipendenza funzionale del gestore della rete¹³¹, respingendo così l'idea che vi sia una mera presunzione di incompatibilità del modello della *holding* che detiene la maggioranza o la totalità delle azioni della società che gestisce l'infrastruttura.

Oggi, peraltro, grazie alle anzidette misure specifiche introdotte dalla direttiva n. 2370/2016 e dal decreto legislativo di attuazione n. 139/2018, sono stati positivizzati una serie di parametri per verificare sia l'indipendenza sia l'imparzialità del gestore, che nel passato erano verosimilmente più dichiarate che effettivamente perseguite dal legislatore europeo e italiano¹³². E questa verifica spetta, oggi, all'Autorità di regolazione dei trasporti, allo scopo di: garantire il corretto utilizzo delle risorse essenziali e non replicabili nel medio periodo; creare le condizioni per applicare soluzioni organizzative e gestionali più efficienti nelle attività connesse all'infrastruttura ed ai servizi di trasporto; utilizzare in modo ottimale la capacità installata in relazione agli investimenti fatti; consentire l'accesso equo e non discriminatorio alla rete ed ai servizi connessi, nell'interesse sia degli operatori economici presenti sia di quelli potenzialmente interessati (*new entrants*); contenere i costi e migliorare la qualità e la sicurezza delle strutture e dei servizi di trasporto di passeggeri e di merci.

5. Una panoramica delle diverse tipologie di atti regolatori adottati dall'ART nel settore ferroviario, nei primi cinque anni di attività

Sono parecchie le regole introdotte dall'ART per il mercato ferroviario, nei primi cinque anni di attività (dal 2014 al 2018), soprattutto se si considera che

NASH, *Europe: Alternative models for restructuring*, in J.A. Gómez-Ibáñez, G. De Rus (edited by), *Competition in the railway industry. An international comparative analysis*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2006, 25 ss.; oppure, i due *report* dell'OCSE, del 2006 e del 2011 (OECD Competition Committee, *Report on experiences with structural separation*, reperibili in www.oecd.org/daj/competition/sectors/45518043.pdf, 16-23, ed in www.oecd.org/daj/competition/50056685.pdf, 85-107).

¹³⁰ Così, CGUE sez. I, 28 febbraio 2013, n. 556.

¹³¹ Per un commento alle sentenze della Corte di Giustizia sui numerosi procedimenti di infrazione e susseguenti ricorsi proposti dalla Commissione europea contro l'Ungheria, la Spagna, l'Austria, la Germania, la Francia, la Polonia e l'Italia, si v. M. DEL SIGNORE, *L'attuazione della liberalizzazione del servizio ferroviario al vaglio della Corte di Giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione nei confronti dell'Italia*, in www.osservatorioaic.it, 2013, 4-5; ID., *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, cit., 455-456.

¹³² In questo senso, C. CATALDI, *La sentenza della Corte di Giustizia C-369/11 e la liberalizzazione «debole» del trasporto ferroviario*, in *Munus*, 2014, 278; ID., *Il "Quarto pacchetto ferroviario": la proposta per uno spazio ferroviario europeo unico e liberalizzato*, in *Munus*, 2016, 152.

ogni atto di regolazione contiene più misure che intervengono su vari aspetti collegati al tema generale della delibera.

Il sistema regolatorio sulle condizioni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e degli impianti e servizi connessi è stato definito dall'Autorità con le delibere n. 70/2014 e n. 96/2015¹³³, alle quali sono seguite altre delibere di attuazione¹³⁴, volte a creare un mercato più trasparente, efficiente, concorrenziale e sicuro anche per gli investitori. I principali destinatari delle misure regolative adottate sono il gestore delle infrastrutture e le imprese ferroviarie, che, tra l'altro, ne hanno contestato diversi aspetti, proponendo una serie di ricorsi nel complesso respinti¹³⁵. Ma gli effetti delle misure regolative ricadono pure sugli utenti, nella misura in cui attraverso la concorrenza si incentiva il permanere sul

¹³³ Pubblicate rispettivamente il 5 novembre 2014 ed il 18 novembre 2015.

¹³⁴ Cfr., tra le tante: la delibera dell'1 luglio 2016, n. 75, avente ad oggetto il "Sistema tariffario 2016-2021 per il Pacchetto Minimo di Accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale. Conformità al modello regolatorio approvato con la delibera n. 96/2015 e successive integrazioni"; oppure, la delibera del 9 febbraio 2017, n. 18, che contiene una serie di misure volte a garantire l'economicità e l'efficienza gestionale dei servizi di manovra ferroviaria.

¹³⁵ Il sistema regolatorio elaborato dall'ART con le delibere n. 70/2014 e n. 96/2015 e con le successive delibere di attuazione è stato oggetto di plurime contestazioni da parte di vari operatori del settore interessati, ma nel complesso è stato ritenuto legittimo dal TAR del Piemonte. Al riguardo, si possono consultare le seguenti sentenze del TAR Piemonte, sezione II: 24 agosto 2017, n. 1025; 3 novembre 2017, n. 1176; 30 novembre, 2017, n. 1301; 5 luglio 2018, n. 822. Alcuni dei motivi di ricorso respinti hanno in particolare riguardato le contestazioni circa l'inclusione di talune voci di costo sostenute dal gestore dell'infrastruttura ai fini dell'individuazione dei criteri per la determinazione del pedaggio. In alcuni casi le imprese ricorrenti hanno ritenuto che i canoni dovessero essere strutturati in modo da provvedere alla copertura dei soli costi diretti, cioè strettamente legati alla prestazione del servizio ferroviario. Il mero riferimento all'esigenza di assicurare l'equilibrio finanziario del gestore non sarebbe stato considerato sufficiente a fondare un impianto regolatorio che ammette in via generalizzata e ordinaria la copertura attraverso il pedaggio di costi diversi da quelli diretti. Oggetto di contestazione (non accolta) sono state anche le misure in tema di gestione equa e non discriminatoria degli spazi nelle stazioni a favore delle imprese ferroviarie, finalizzate a garantire a tutte le imprese presenti in stazione pari e adeguata visibilità e accessibilità per i viaggiatori. Gli operatori di impianto hanno in particolare contestato l'ambito dei servizi suscettibili di regolazione, affermando che la vendita di spazi pubblicitari, la locazione di spazi per lo svolgimento di servizi commerciali nelle stazioni (ad esempio, le biglietterie) e l'inclusione nei contratti siglati con le imprese ferroviarie di SLA (*Service Level Agreement*=Accordo sui livelli di qualità del servizio), che garantiscano la qualità dei servizi resi (ad esempio, nelle informazioni all'utenza), non rientrerebbero negli ambiti di intervento del regolatore. Tra i limitati motivi di ricorso accolti si possono invece menzionare quelli di cui alle sentenze del TAR Piemonte, sez. II, di identico tenore, entrambe del 5 ottobre 2017, n. 1097 e n. 1098, quali: l'erroneità del dato riferito al tasso di inflazione programmata per il 2016, ben più alto (1%, anziché 0,2 %) di quello che doveva essere preso in considerazione dall'ART per determinare i costi del gestore e per approvare la proposta tariffaria presentata dallo stesso; l'illegittimità dell'approvazione da parte dell'ART di taluni piani tariffari presentati dal gestore della rete, poiché essa non avrebbe dato atto dell'aderenza della contabilità regolatoria del gestore ai criteri indicati dalla legge, né della corretta individuazione e imputazione di determinati costi affrontati dal gestore.

mercato delle imprese migliori e si contribuisce a mantenere livelli di prezzi contenuti e adeguati rispetto alla qualità dei servizi offerti ed ai costi effettivamente sostenuti dagli operatori economici per la gestione e per gli investimenti, al netto dei contributi pubblici.

La delibera n. 70/2014 include, in particolare, ventinove misure di regolazione, aggregate per aree di intervento (*cluster*). Vengono affrontati diversi temi, alcuni menzionati dalla legge istitutiva, altri inclusi dall'ART per via interpretativa nel suo perimetro regolatorio, anche in virtù della competenza generale che le viene attribuita nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, purché essa sia esercitata in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle Regioni e degli Enti locali¹³⁶. Le tematiche regolate spaziano dall'assegnazione della capacità di infrastruttura, inclusi gli accordi quadro tra gestore e imprese ferroviarie, alla gestione della circolazione perturbata ed allo sgombero delle infrastrutture, dagli effetti della mancata contrattualizzazione e/o utilizzazione delle tracce, al pedaggio per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, dal *performance regime* del gestore, alle condizioni di accesso ai servizi resi alle imprese ferroviarie da parte del gestore dell'infrastruttura o dell'operatore d'impianto, dall'assistenza alle persone a mobilità ridotta, all'assegnazione alle imprese ferroviarie di spazi pubblicitari, *desk* informativi ed aree per la fornitura di servizi di accoglienza e assistenza alla clientela, fino ai servizi di manovra.

La delibera n. 96/2015 comprende, invece, oltre cinquanta misure regolatorie, che definiscono, per un verso, i nuovi criteri che il gestore della rete deve seguire per determinare il canone che le imprese ferroviarie sono tenute a corrispondergli per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e dei servizi connessi, per altro verso, i criteri che il gestore e gli operatori di impianto devono osservare per la redazione della contabilità regolatoria e per la separazione contabile.

Questo atto di regolazione è fondamentale nella ricostruzione del sistema tariffario ed ha un contenuto innovativo, anche in virtù dell'ampia delega che il legislatore conferisce in materia all'ART, non senza individuare, però, i parametri di riferimento sulla base dei quali l'Autorità è tenuta ad intervenire. Nella definizione dei criteri tariffari l'ART deve infatti tenere conto «dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori»¹³⁷. Per cui, in questo caso, la singola norma attributiva del potere, così come formulata, non conferirebbe all'ART una delega "in bianco", né tantomeno il principio di legalità sostanziale sarebbe violato, in quanto il potere regolatorio potrebbe considerarsi sufficientemente determinato nell'oggetto e nel contenuto¹³⁸.

¹³⁶ Art. 37, comma 1, d.l. n. 201/2011.

¹³⁷ Art. 37, comma 2, lett. b).

¹³⁸ In questo senso si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016,

Esso individua, per la prima volta, i principi di calcolo dei pedaggi (ossia, i corrispettivi¹³⁹ che le imprese ferroviarie sono tenute a versare all'amministratore dell'infrastruttura per far circolare i propri treni sulla rete ferroviaria), volendo contemperare due interessi concorrenti: quello delle imprese ad avere un canone che non sia discriminatorio né elevato; quello del gestore di ottenere un adeguato compenso, al fine di evitare situazioni di disequilibrio economico e finanziario. Tra i principi (ai quali il gestore deve rifarsi per determinare i canoni di accesso all'infrastruttura) vengono individuati: la semplicità e la predeterminazione delle tariffe, la modulazione delle tariffe in funzione degli obiettivi economici da traguardare, la correlazione delle stesse ai costi ed alle condizioni di mercato¹⁴⁰.

Tra le novità contenute nella delibera vi è il recepimento di un principio strategico per il buon andamento del mercato ferroviario qual è quello della correlazione dei canoni ai “costi pertinenti ed efficienti” affrontati dal gestore per la prestazione del servizio ferroviario, tenendo conto delle regole espresse dal regolamento europeo di esecuzione n. 909/2015. La pertinenza dei costi è garantita dall'obbligo in capo al gestore della rete di produrre un'apposita contabilità regolatoria, che dia agli *stakeholders* una separata evidenza sia dei costi imputabili al cd. “pacchetto minimo di accesso” all'infrastruttura ferroviaria (che comprende diversi servizi erogati dal gestore, fra i quali l'assegnazione della capacità di rete e l'utilizzo dei binari), sia dei costi imputabili ad altri servizi svolti dal gestore stesso¹⁴¹. In quest'ottica vengono rafforzati i principi di trasparenza della struttura dei costi, di rendicontazione e di separazione contabile.

Al riguardo, va osservato che dovrebbe essere ormai consolidato, a livello europeo ed interno, il principio per il quale le tariffe devono essere orientate ai “costi pertinenti efficientati”, al fine di assicurare l'economicità e la redditività delle gestioni e prezzi di accesso alle infrastrutture contenuti entro livelli accessibili anche ad operatori di minori dimensioni, in modo da favorire lo sviluppo della concorrenza. In questa prospettiva, i costi riconosciuti non possono identificarsi con i costi storici, altrimenti il gestore si troverebbe in una situazione

97-98. Per i casi in cui, invece, il potere regolatorio dell'ART non appare sufficientemente tipizzato dalla legge, si rinvia al paragrafo 3.

¹³⁹ Nel mercato ferroviario, i termini “tariffa”, “pedaggio”, “canone di accesso”, che riguardano il corrispettivo pagato dalle imprese per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, possono essere usati come sinonimi, mentre è preferibile utilizzare il termine “prezzo” per riferirsi al corrispettivo pagato dagli utenti per i servizi di trasporto. A livello legislativo è tuttavia presente, talvolta, la tendenza ad impiegare il termine “tariffa” come sinonimo di “prezzo”. La tariffa rappresenta in ogni caso il corrispettivo di un servizio determinato secondo criteri diversi da quelli che sarebbero seguiti da un imprenditore mosso dall'interesse commerciale.

¹⁴⁰ I suddetti principi vengono specificati nel loro contenuto dalla misura n. 23, alla quale si rinvia.

¹⁴¹ I vari servizi forniti dal gestore e dagli operatori degli impianti di servizio sono specificati all'art. 13, del d.lgs. n. 112/2015.

protetta dalla concorrenza, che non favorirebbe scelte efficienti. Alla regolazione tariffaria sarebbe quindi richiesto di mantenere «un delicato equilibrio tra l'effettiva realtà di costo dei gestori e l'astrazione parametrica del costo efficiente»¹⁴².

L'Autorità deve stare attenta, però, a non fissare criteri troppo dettagliati per il gestore, in quanto la sua funzione regolatoria in materia tariffaria è solo «indiretta», nel senso che non determina direttamente i canoni di accesso all'infrastruttura per gli operatori del servizio ferroviario¹⁴³, ma fornisce linee guida e, dopo, controlla che siano applicate¹⁴⁴. In caso contrario, verrebbe compromesso il principio dell'indipendenza di gestione dell'amministratore della rete ferroviaria, sancito dagli artt. 4 e 29 della direttiva europea n. 34 del 2012. Il gestore deve infatti disporre di un certo grado di flessibilità tariffaria, ossia di un adeguato margine di discrezionalità nella determinazione dei canoni¹⁴⁵, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁴⁶.

Tra le ulteriori novità va annoverata l'introduzione di una «regolazione di periodo» della durata di cinque anni, con un tendenziale allineamento di questo periodo regolatorio con la durata dei contratti di programma tra lo Stato ed il gestore dell'infrastruttura, nei quali viene definito il livello dei finanziamenti pubblici, che dovrebbe andare a beneficio della strategia industriale del gestore dell'infrastruttura e delle imprese ferroviarie, delle decisioni di investimento degli azionisti e dei mercati finanziari¹⁴⁷. Così come l'utilizzo di modulazioni tariffarie per fasce orarie, per segmenti (merci o passeggeri), per tipologia di servizio e per classi di velocità, che siano maggiormente articolate rispetto a quelle attuali, al fine di consentire di adottare piani industriali più sfidanti e strategie di *marketing* aderenti all'emergente domanda di trasporto da parte di passeggeri ed imprese. Oppure, le indicazioni al gestore dell'infrastruttura per massimizzare lo sfruttamento della capacità di rete esistente, anche nell'ottica di un contenimento dei costi di lungo periodo, tenuto conto che l'ART ha imposto al gestore un taglio dei costi del 2% l'anno, dal 2017 al 2021.

Viene a configurarsi, dunque, un sistema che intende valorizzare la capacità

¹⁴² B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in *Munus*, 2017, 46.

¹⁴³ Diversamente dalle altre autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico (AEEGSI), di recente ridenominata Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente) (ARERA), e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), alle quali compete anche la quantificazione della «tariffa base» (cfr. art. 2, comma 12, lett. e), legge n. 481/1995).

¹⁴⁴ In questi termini, C. IAIONE, *La regolazione pro-infrastrutturale delle reti di trasporto. Le funzioni*, in *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, Paper di Astrid, a cura di L. TORCHIA, Roma, 2013, 18, reperibile al seguente link: http://www.transportonline.com/schede/Astrid_Paper_31_05.pdf.

¹⁴⁵ In questi termini, L. BELVISO, *Verso una single European railway area. Il ruolo delle tariffe ferroviarie*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 533-536.

¹⁴⁶ CGUE, sez. I, 3 ottobre 2013, n. 369; ID., 11 luglio 2013, n. 545; ID., 28 febbraio 2013, n. 483.

¹⁴⁷ Tale sistema regolatorio è stato già sperimentato nel settore autostradale ed aeroportuale.

imprenditoriale dell'amministratore della rete, incentivandolo a massimizzare i risultati della propria gestione, in modo da ridurre i costi e, di conseguenza, l'entità dei canoni per le imprese e dei prezzi di vendita al pubblico dei servizi di trasporto, con l'idea sottostante, sebbene di difficile attuazione, di ridurre gradualmente i finanziamenti pubblici quanto più sia possibile.

Vi sono poi le delibere¹⁴⁸ con cui l'ART è intervenuta, ogni anno, a fornire indicazioni ed a dettare prescrizioni volte a modificare ed integrare il prospetto informativo della rete (PIR), che il gestore dell'infrastruttura è tenuto ad elaborare, pubblicare ed aggiornare periodicamente, per informare le imprese ferroviarie delle caratteristiche dell'infrastruttura disponibile, delle condizioni di accesso alla rete e delle modalità di calcolo del canone di utilizzo. Sono misure significative nell'ottica di una maggiore trasparenza e imparzialità nei rapporti tra gestore e imprese richiedenti, soprattutto qualora l'ART accerti che nel prospetto informativo di rete siano contenute previsioni pregiudizievoli per i concorrenti dell'operatore ferroviario dominante.

Gli atti di regolazione riguardanti il PIR, unitamente a quelli volti a regolare i criteri che il gestore dell'infrastruttura deve seguire per assegnare (in maniera equa, trasparente e non discriminatoria) la capacità di infrastruttura e le tracce orarie alle imprese ferroviarie, oppure intesi a ridurre le barriere di ingresso nel settore per favorire l'entrata di nuove imprese, assolvono ad una funzione molto delicata, proprio per via del legame societario esistente tra il gestore della rete e l'impresa *incumbent* Trenitalia, appartenenti entrambe allo stesso gruppo societario¹⁴⁹.

Per quanto riguarda i servizi all'utente rileva, invece, il provvedimento di carattere generale, di cui alla delibera, già citata, n. 54/2016, che individua e definisce il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che i passeggeri in possesso di "abbonamenti" possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi ferroviari ad alta velocità. Nell'atto di regolazione viene in particolare garantito il diritto all'informazione ed il diritto all'utilizzo degli abbonamenti, di cui vengono declinati diversi profili, nonché il diritto all'indennizzo adeguato per ritardi e soppressioni di servizio ripetuti durante il periodo di validità dell'abbonamento, che va determinato secondo criteri di calcolo dei ritardi e dell'indennizzo specifici e differenziati rispetto a quelli previsti dai gestori dei servizi per i titoli di viaggio singoli¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Cfr., tra le tante, le delibere n. 76 del 27 novembre 2014, n. 104 del 4 dicembre 2015, n. 140 del 30 novembre 2016, n. 140 del 30 novembre 2017, da ultimo, n. 118 del 29 novembre 2018.

¹⁴⁹ In questo senso, M. BRIGNARDELLO, E.G. ROSAFIO, *Il settore ferroviario*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, cit., 144.

¹⁵⁰ Tale delibera è stata impugnata sotto vari profili da più operatori economici, tra cui Trenitalia S.p.a., che ha sostenuto la carenza di potere dell'ART nel dettare misure di regolazione in materia di abbonamenti alle tratte ad alta velocità, poiché si tratterebbe di un servizio erogato in

Infine, nell'ambito della regolazione degli assetti di settore e dei servizi all'utente sono state approvate dall'ART tre delibere, tra di loro collegate, che affrontano tematiche di rilievo sociale, oltre che economico, quali: la determinazione dei criteri per la redazione dei bandi e delle convenzioni riguardanti le gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale dei passeggeri, nonché dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici¹⁵¹; l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico sulle tratte, degli obblighi di servizio pubblico che su di essi insistono e delle modalità più efficienti di finanziamento degli stessi¹⁵²; la definizione delle condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali, regionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico¹⁵³. In proposito, si pensi soprattutto a quelle tratte, a carattere nazionale, regionale o locale, che per la loro non remuneratività non sarebbero operate dal vettore se non in presenza di una compensazione. Si tratta, tra l'altro, di poteri regolatori che si inseriscono in un quadro normativo non sempre omogeneo e talvolta conflittuale, specie se riferito al trasporto ferroviario regionale o locale, da valutare anche alla luce degli orientamenti espressi al riguardo dalla Corte costituzionale¹⁵⁴, in cui appare comunque necessario, in attesa di una chiara *actio*

regime di libero mercato. Questa censura è stata però respinta dal TAR Piemonte, Torino, sez. II, con la sentenza del 9 novembre 2017, n. 1181, in quanto la competenza regolatoria individuata dalla legge istitutiva sul punto «non può limitarsi al solo servizio pubblico» e, «daddove il legislatore ha ritenuto di circoscrivere il perimetro dei poteri di regolazione ai soli servizi pubblici, lo ha fatto espressamente». Di contro, «con riferimento alla definizione del contenuto minimo dei diritti degli utenti, la legge istitutiva non ha previsto una siffatta limitazione, nel chiaro intento di garantire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti dei passeggeri, anche nell'ambito del servizio ferroviario Alta Velocità che, pur non essendo un servizio pubblico in senso oggettivo, rappresenta certamente un servizio di pubblica utilità soggetto a regolazione», con la conseguenza che «la circostanza indiscussa che l'Alta Velocità sia un'attività liberalizzata non esclude che la stessa possa essere soggetta a regolazione».

¹⁵¹ Delibera del 17 giugno 2015, n. 49, articolata in ventuno misure.

¹⁵² Delibera del 30 marzo 2017, n. 48, articolata in sei misure, che completano ed integrano le misure della precedente delibera. L'ambito di servizio pubblico viene in particolare definito dall'ART nella prima misura come «l'insieme dei servizi di trasporto pubblico di persone, di linea e non di linea, resi con diverse modalità che il soggetto competente individua, anche in assenza di compensazione degli operatori, per soddisfare obblighi di servizio pubblico ed esigenze essenziali di mobilità dei cittadini. L'area territoriale di riferimento per la definizione dell'Ambito è il Bacino di mobilità, determinato dai soggetti competenti con gli atti di programmazione e pianificazione del trasporto pubblico regionale e locale, di cui agli articoli 14 e 16 del d.lgs. n. 422/1997, sulla base di un'analisi della domanda potenziale di mobilità, della struttura orografica, del grado di urbanizzazione e dell'articolazione produttiva del territorio di riferimento». Sui soggetti competenti a determinare i bacini di mobilità per i servizi di trasporto pubblico regionale e locale ed i relativi enti di governo, si veda adesso l'art. 48 del decreto legge n. 50/2017.

¹⁵³ Delibera n. 16 dell'8 febbraio 2018, recante quindici misure, suddivise tra più aree tematiche.

¹⁵⁴ La Corte costituzionale, con la sentenza del 15 marzo 2013, n. 41, sulla base della considerazione che l'istituzione dell'ART «è volta a realizzare un mercato concorrenziale nei servizi di

finium regundorum da parte del legislatore (che eviti sovrapposizioni e duplicazioni di poteri delle istituzioni coinvolte), individuare una linea di demarcazione (non semplice) e prevedere un coordinamento tra le competenze regolatorie dell'ART, da un lato, e le competenze di indirizzo politico-economico dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali, dall'altro¹⁵⁵.

trasporto» e che la «tutela della concorrenza» è riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e), ha ritenuto legittime le disposizioni della legge statale che attribuiscono alla predetta autorità indipendente funzioni regolatorie (anche) in materia di «trasporto pubblico locale», riservata alla competenza delle Regioni, nella misura in cui l'attribuzione e l'esercizio di tali funzioni per la promozione della concorrenza si mantengano «nei limiti necessari ad assicurare gli interessi cui [tale competenza esclusiva e trasversale] è preposta, secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità». È quanto accadrebbe – secondo la Corte – nel caso in esame, ove «de funzioni conferite all'Autorità di regolazione dei trasporti, se intese correttamente alla luce della *ratio* che ne ha ispirato l'istituzione, non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale, ma le presuppongono e le supportano». Il compito affidato alla nuova Autorità consiste, infatti, nel «dettare una cornice di regolazione economica, all'interno della quale Governo, Regioni e enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito». In relazione alle disposizioni sottoposte all'esame della Corte, per quanto riguarda le tariffe, i canoni e i pedaggi, le disposizioni impugnate «attribuiscono all'Autorità il compito di stabilire solo i criteri, mentre resta impregiudicata in capo ai soggetti competenti la determinazione in concreto dei corrispettivi per i servizi erogati». Analogamente, riguardo ai bandi di gara, l'Autorità è investita della «competenza a definire gli schemi, senza sostituirsi alle amministrazioni competenti nell'elaborazione in dettaglio dei bandi, delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e delle concessioni». Infine, con riguardo alla nomina delle commissioni giudicatrici, secondo la normativa in esame, l'Autorità è dotata del potere di «stabilire solo i criteri per la nomina, salve restando le competenze delle amministrazioni locali su ogni ulteriore decisione in ordine alla composizione delle commissioni giudicatrici o alle modalità di scelta dei suoi componenti, decisioni che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, rientrano invece nella materia dell'organizzazione amministrativa, spettante alle Regioni». Le parole della Corte lasciano, però, aperti alcuni dubbi: per un verso, non è, infatti, dimostrato che le funzioni dell'ART in alcuni casi «non assorbano», a ben vedere, le competenze delle Regioni in tema di trasporto pubblico locale, limitandosi semplicemente a «presupporle e supportarle»; per altro verso, l'affermazione della Corte secondo cui spetterebbe all'ART la competenza a dettare la «cornice regolatoria economica» della materia dei trasporti all'interno della quale Governo, Regioni ed Enti locali sarebbero chiamati a sviluppare le loro politiche pubbliche negli ambiti di rispettiva competenza, reca con sé il rischio che l'ART possa effettuare o condizionare significativamente le scelte strategiche di politica economica, che, al contrario, dovrebbero rimanere riservate alla competenza degli Enti territoriali. Per un esame critico della sentenza, cfr. A. CARDONE, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi "automatismi" a danno dell'autonomia? (nota a Corte cost. n. 41/2013)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2014.

¹⁵⁵ In questo senso cfr. S. LUCATTINI, *Rivalità e coordinamento nel governo dei servizi pubblici*, in *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, a cura di F. Merusi e S. Antoniazzi, Torino, 2017, 69 ss., spec. 72-73.

Abstract

The wide regulatory power of the Independent Transport Authority
on the railway sector

by Cristiano Celone

The National Independent Authority for Transport, imposed by European Law and established in Italy in 2013, is characterized by using wide powers of control, regulation and sanction, which cover all transport sectors.

Regulatory competences seem in particular to interfere, in some areas, with the functions, also of political direction, of the State, Regional and Local Government, as well as the competences of the other administrative independent bodies such as the National Antitrust Authority or National Anti-Corruption Authority. This requires the provision of forms of coordination and cooperation between those authorities, waiting for a clear *actio finium regundorum* by the national legislator, in order to avoid risks of conflicts between the activities of the various authorities or the adoption of contradictory or misaligned decisions and measures on the same issues.

The paper will give a general outline of this type of independent regulation and the several public interests assigned to the Transport Authority, and, in particular, it will focus the attention on many regulatory competences of the Transport Authority on the railway sector, recently extended by the legislative decree n. 139/2018, as well as the content of the several measures adopted by the Transport Authority for the railway market, considered in the light of European policy of market liberalization, establishing a single European railway area and promoting a safe, efficient, multimodal and sustainable trans-European transport network.

Il conflitto d'interessi negli appalti pubblici. A proposito dell'art. 42 del Codice

di Alessandro Cioffi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I casi di conflitto d'interesse. – 3. La natura del conflitto e i riflessi sul giudizio e sulla prova. – 4. Un approfondimento: la posizione di fondo dell'amministrazione e delle imprese.

1. *Introduzione.*

L'art. 42 del codice dei contratti pubblici è una norma nuova, che non esisteva nel codice precedente. Solo esteriormente si collega alla norma generale sul conflitto d'interessi, l'art. 6 *bis* della legge n. 241 del 1990¹, che non dice l'essenziale: cosa sia conflitto d'interessi². L'art. 42, invece, tenta una sua definizione e porge subito una diversità: l'interesse in conflitto può essere “finanziario,

¹ L'art. 6 *bis* riguarda il procedimento amministrativo ed obbliga all'astensione; si rivolge all'organo che sia in “conflitto d'interessi”. È stato introdotto dall'art. 1, comma 41, legge 6 novembre 2012, n. 190, recante “Disposizioni per la prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”.

² Studi recenti sul conflitto di interessi sono quelli di E. LUBRANO; *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, 2018. G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016; A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico: una rassegna*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 155 ss.; A. CIOFFI, *Il conflitto d'interessi nella legge sull'azione amministrativa*, in ALB. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 278 ss.; A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto d'interessi*, *Dir. amm.*, 2017, 685 ss. Per uno studio critico v. S. CASSESE, *Conflitti di interessi: il fiume di Eraclito*, *Riv. dir. priv.*, 2004, 235. Per alcuni commenti sistematici alla legge anticorruzione in generale, cfr. B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, Torino, 2013; F. FERRARO-S. GAMBACURTA, *Anticorruzione. Commento alla riforma*, Rimini, 2013; per aspetti generali e di diritto comparato v. G. M. RACCA-C. YUKINS, *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2015; M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione*, Milano, 2016; nonché M. DE BENEDETTO, *Corruzione e conflitto di interessi*, in F. DI LASCIO (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei. Tendenze e riforme*, Napoli, 2015, 37; M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016. Per la critica della tesi che l'anticorruzione sia sinonimo di semplificazione v. F. COSTANTINO, *Semplificazione e lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2016, 623 ss. I maggiori studi che hanno contribuito alla preparazione teorica della legge anticorruzione sono quelli di F. MERLONI-R. CAVALLO PERIN, *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, 2009; F. MERLONI-L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Passigli editore, 2010, ove, in particolare, V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*. Infine, per la prospettiva della responsabilità, v. M. SINISI, *Sistema anticorruzione e responsabilità amministrativa: vecchie e nuove fattispecie di responsabilità e tipologie di danno erariale*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016, 85 ss.

economico o altro interesse personale” e “può influenzare ... il risultato” della gara. Il *focus* della norma, dunque, è tutto su quel “può influenzare il risultato”.

Ma che significa influenzare il risultato? La risposta è nell’interesse in conflitto. Secondo la norma, può essere finanziario, economico, personale. Pertanto, cosa accade se un interesse di quel tipo entra nella gara? Basta questo a compromettere tutto o ci vuole qualcosa in più?

Leggendo la giurisprudenza, si vedrà che le risposte sono diverse. Il conflitto potrà essere potenziale o reale. E potrà riguardare l’imparzialità dell’amministrazione o la par condicio delle imprese nella gara³. Sono questi i valori in gioco e sono influenzati dall’ordinamento europeo⁴. Il problema della concorrenza, calato nel tessuto normativo del codice, è subito evidente: l’art. 42 ha un collegamento immediato con l’art. 80, che vuole che il conflitto d’interessi sia causa di esclusione dalla gara. Dunque, nel codice, “conflitto” significa esclusione. E costituisce un effetto immediato sulla gara, disponibile ad opera dell’amministrazione.

Ma l’art. 42 è da leggere anche sul piano generale, in collegamento con l’art. 6 bis della legge sull’azione amministrativa e con il principio dell’art. 97 della Costituzione. Sul piano generale, il conflitto non è altro che una lesione dell’imparzialità⁵. E si può tradurre in vizio dell’aggiudicazione, divenendo vizio di legittimità di tutta la gara. È inteso soprattutto così nella giurisprudenza che va sorgendo sul conflitto.

Questi due modi di vedere il conflitto influenzano il contenzioso, nei momenti del giudizio, della prova, della tutela. Le soluzioni finali, si vedrà, dipendono dall’oggetto e dal momento della tutela⁶. Ma soprattutto dal fatto che dietro il conflitto sta e conta un’altra cosa: la relazione di fondo tra interessi. E il punto è che le norme sul conflitto d’interessi non la definiscono. Non dicono

³ Da tempo inquadrati nella corretta prospettiva dalla dottrina classica- cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Interpretazione di gara*, in *Giur. it.*, 1997, III, sez. 1, c. 297.

⁴La prospettiva dei due ordinamenti, europeo e nazionale, ha indotto e poi condizionato le modifiche al codice – è ben messa in luce da M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017.

⁵ In questo senso v. Cons. St., Sez. atti normativi, parere 5 marzo 2019 n. 109/2019, sullo schema di Linee guida ANAC in tema di conflitto d’interessi ex art. 42 del codice degli appalti pubblici. Il Consiglio di Stato propende nettamente per il conflitto potenziale: “Il conflitto di interessi non consiste quindi in comportamenti dannosi per l’interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno. L’essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione sono due aspetti distinti. Tutto ciò deriva dal principio generale dell’imparzialità dell’azione amministrativa di cui all’art. 97 Cost. e, quindi, le scelte dell’organo devono essere compiute nel rispetto della regola dell’equidistanza”.

⁶ Per l’analisi che identifica i valori generali sottesi all’anticorruzione v. G. M. RACCA, *Corruzione (dir. amm.)*, *Dig. disc. pubbl. vol. di aggiornamento*, VII, 2017, 208 ss.; U. VINCENTI, *Etica pubblica*, *Enc. Dir.*, *Annali*, IX, 315 ss.

quale sia lo spazio delle relazioni possibili e delle relazioni pericolose, quello spazio di confine tra illecito e lecito, che si apre agli interessi, nei casi che vedremo, quando l'amministrazione non resta isolata dalla gara ma si affaccia sul mercato, per conoscerlo e gestire al meglio la gara, con indagini di mercato, consulenze, progettazioni varie. Lì può sorgere una relazione d'interesse che può essere al limite: forse è compatibile con i valori protetti o forse no. Quindi: si vuole l'isolamento assoluto dell'amministrazione o l'amministrazione nel mercato?

È il gran problema di fondo, ed è il problema della moralità amministrativa⁷. Non può esser risolto da una singola norma sul conflitto, ma dal sistema. In fondo l'art. 42 dice un po' di più dell'art. 6 bis, ma lascia aperti i grandi interrogativi tipici di ogni conflitto. E lo si vede dal tipo di contenzioso che sta venendo fuori.

2. *I casi di conflitto d'interesse.*

La giurisprudenza che si va formando sull'art. 42 oscilla tra il conflitto potenziale e il conflitto reale. Conviene iniziare la rassegna dai casi di conflitto potenziale. In Tar Lazio, I, n. 8912/2017, una federazione sportiva aggiudica una fornitura di materiali sportivi ad una società; ma il presidente di quella società era anche il presidente della federazione stessa. Dopo l'aggiudicazione, si era dimesso. Il Tar ravvisa il conflitto di interessi. Ravvisa che il conflitto sia nel "pericolo astratto" e che questo abbia fatto venir meno la "necessaria imparzialità" dell'amministrazione. Dunque un caso di conflitto potenziale. Qui il valore che si tutela è l'imparzialità, considerata in astratto. È una precisazione significativa, perché, vedremo, il concetto tenderà a variare.

Nella stessa prospettiva è Cons. St., sez. V, n. 3415/2017: una società pubblica di trasporti aggiudicava un servizio di assicurazione; prima, però, faceva preparare i capitolati da un broker assicurativo. Alla fine della gara, nel giudizio, si scopre che la società che vince è legata a quel broker, da rapporti societari e familiari. In particolare, la società broker ha in comune un amministratore con la società vincitrice. Il Consiglio di Stato ci vede un conflitto d'interessi. Secondo la Sezione V, è un conflitto "potenziale" e compromette non solo l'azione, ma "l'immagine" dell'amministrazione. Precisamente, altera il suo "prestigio", la necessità di essere "al di sopra di ogni sospetto".

Nello stesso senso è Cons. St., Sez. V, n. 2853/2018, che vede conflitto nel caso in cui l'aggiudicatario dell'opera si è avvalso di un progettista che nella precedente gara, indetta per la progettazione, aveva operato come "collaboratore" del soggetto che si era aggiudicato l'incarico di progettazione.

⁷ Su questo punto cfr. A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto d'interessi*, *Dir. amm.*, 2017, 685 ss.

In tutti questi casi il giudice tutela un'imparzialità intesa in senso astratto, come posizione *super partes*, al di sopra di ogni sospetto, un'immagine esteriore, di fiducia, di credibilità, di giustizia; e, volutamente, prescinde dal conflitto in concreto, in aperta e dichiarata contrapposizione all'orientamento di alcuni Tar che invece preferiscono il conflitto reale, come si vedrà di qui a poco.

Intanto salta subito fuori un punto inaspettato. Nei casi appena visti il fatto che il conflitto potenziale sia inteso a tutela dell'imparzialità spiega un aspetto importante: il Consiglio di Stato spesso adotta, consapevolmente, un'interpretazione estensiva della fattispecie dell'art. 42; e, così, supera quell'interpretazione letterale e restrittiva che tradizionalmente ricorre per le fattispecie speciali e sanzionatorie. Per esempio, nella soluzione del caso del broker (Cons. St., sez. V, n. 3415/2017), il contatto pericoloso tra le due società, il fatto di avere un amministratore in comune, rientra comunque nell'art. 42. Qui il giudice opera una doppia estensione del testo: nel "personale dell'amministrazione" fa rientrare anche il personale della società broker, cioè di una società che ha collaborato con l'amministrazione; e, inoltre, nella nozione di "personale" fa rientrare non solo i dipendenti ma anche gli "amministratori", ossia gli organi di direzione; allo stesso modo, nel caso appena visto del progettista, si estende il conflitto, dal progettista al collaboratore del progettista (Cons. St., sez. V, n. 2853/2018). Questo significa che una certa lettura dell'art. 42, come vedremo nel prossimo paragrafo, consente di superare il significato letterale del testo e di estenderlo. È una proprietà del conflitto potenziale, ovvero del vedere l'art. 42 come norma generale.

Quanto agli effetti, va osservato che il conflitto potenziale arriva prima e prescinde dal conflitto concreto, che invece suppone un'interferenza reale e, negli appalti, qualcosa di più. Questo di più si afferma nei recenti indirizzi dei Tar: è il conflitto reale e si contrappone al conflitto potenziale. Si apre qui un preciso e diverso alveo, che cerca l'elemento reale ma non nella posizione statica dell'amministrazione, bensì nella lesione della gara. E ne esige la prova. Così, per iniziare con un caso simile a quello appena visto, in Tar Puglia III n. 815/2017 si denunciava il fatto che il presidente della commissione di gara era stato parte del raggruppamento temporaneo che aveva vinto la gara preliminare per il progetto di fattibilità; infine, l'aggiudicazione dell'opera avveniva in favore di quello stesso raggruppamento. Per il Tar l'intreccio è ininfluenza, perché non vi sono "interessi finanziari, economici od altri personali" che possano essere percepiti come minaccia alla gara; e infatti ad un'analisi della valutazione delle offerte, il giudice non vede in qual modo quell'intreccio abbia potuto alterare l'aggiudicazione. Manca, insomma, la prova del danno concreto. Il che si va affermando in aperta e dichiarata contrapposizione al primo orientamento. La preferenza per il criterio del conflitto reale si legge chiara in Tar Brescia, sez. II, 4 aprile 2016, n. 485e in Tar Bari, sez. II, 4 agosto 2018, n. 1176 (che richiama il primo); e ambedue richiamano la decisione del Tribunale U.e., sez. II – 13/10/2015 n. 403/12 (su cui si tornerà).

Nel particolare, in Tar Brescia, sez. II, 4 aprile 2016, n. 485 l'amministrazione aggiudicava un servizio di consulenza finanziaria ad una società che, però, prima della gara, aveva reso all'amministrazione un parere preventivo, sulla base del quale era stato impostato il piano finanziario e quindi il bando. In particolare, grazie al parere, la società vincitrice conosceva da prima alcune informazioni privilegiate, relative alla situazione dell'amministrazione aggiudicatrice (una società comunale), ovvero, precisamente: "il piano di dismissioni, l'interlocuzione con il sistema bancario e con l'azionista di riferimento, la rivalutazione di termini e condizioni dei contratti di finanziamento, la riorganizzazione del debito, la dismissione di determinati *asset* non indispensabili per la continuità aziendale o per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, l'adozione di politiche di riassetto della gestione operativa e strategica". Infine, il parere dava il suggerimento di adottare un certo schema di piano finanziario, che assicurava l'impronta al bando. Tutti questi elementi erano conosciuti solo dalla società in questione e non venivano inseriti nel bando o resi noti in altro modo agli altri concorrenti. Inoltre, si noti, dei rapporti intercorsi tra amministrazione e aggiudicatario il giudice chiede al ricorrente la prova, e il ricorrente l'assolve fornendo la documentazione che le informazioni erano state trasmesse dall'amministrazione all'altra società. In questa situazione, il Tar ritiene che vi sia conflitto di interessi. In particolare, ritiene che vi siano "asimmetria informativa" e "precostituzione di una posizione di vantaggio". Causano un "vulnus della par condicio tale da compromettere il corretto e leale svolgimento del confronto comparativo". Dunque un conflitto di interessi che si configura per lesione della par condicio. Ed è un conflitto pienamente provato. In questo senso nelle motivazioni dei TAR si parla, propriamente, di conflitto «reale».

Nella stessa direzione Tar Bari, sez. II, 4 agosto 2018, n. 1176: impone il conflitto reale e ne esige la prova; e, vedendo che la prova non viene raggiunta, respinge l'ipotesi apparente di conflitto. In particolare, era un caso di affidamento di una fornitura sanitaria, bandito da una Ausl; e accadeva che l'amministrazione escludeva un concorrente per conflitto di interessi, perché l'escluso aveva inserito nel suo gruppo di lavoro un medico dipendente della stessa Ausl, il dirigente dell'unità di valutazione della appropriatezza dei ricoveri. L'esclusione era motivata dal fatto che il concorrente avrebbe acquisito uno "specifico know-how informativo in possesso del predetto professionista...che ha accesso a dati qualitativi e quantitativi relativi alle prestazioni erogate presso gli Ospedali"; e questo avrebbe "potenzialmente influito" sulla predisposizione dell'offerta tecnica ed economica, e, quindi, avrebbe determinato, "anche in via teorica", una "distorsione della concorrenza". Dunque l'amministrazione presumeva una situazione tale da poter influenzare sia l'offerta che il risultato, ovvero un conflitto potenziale. Invece il giudice dissipa l'apparenza del conflitto, perché il fatto in sé – ritiene – non giustifica in automatico l'esclusione, ma occorre provare

che quel fatto abbia in concreto condizionato la gara. Nel caso, il giudice non trova questa prova e, inoltre, vede che l'aggiudicazione era stata determinata non dall'offerta tecnica bensì dall'offerta economica e quindi stabilisce che non poteva verificarsi alcun "indebito vantaggio competitivo". Viceversa, l'esclusione che la Ausl aveva disposto è ritenuta illegittima per il suo automatismo, censurato sotto forma di difetto di istruttoria e di motivazione.

Come si vede, in conclusione, nel caso del conflitto reale, applicato alla concorrenza, il giudice impone la prova di una "lesione concreta" della gara. Così il giudice tutela la par condicio delle imprese e soprattutto l'impresa sospettata di conflitto. E lo fa calcolando il punto di vista non dell'amministrazione ma delle imprese stesse, nella gara, valutando le rispettive posizioni di partenza e di arrivo, il vantaggio raggiunto, il modo che ha portato a creare quel vantaggio. In fondo, il conflitto reale è un danno effettivo, è l'alterazione della gara; e consiste, precisamente, di un "indebito vantaggio competitivo", generato dall'interesse in conflitto. La sua eliminazione può essere facile e immediata, con l'esclusione.

In questo modo si tutela la concorrenza di tutti e di ciascuna impresa. Su quest'ultimo punto si noti questo: non a caso nelle motivazioni di questo orientamento dei Tar la scelta del conflitto reale è giustificata dal richiamo alla sentenza del Tribunale di primo grado UE, sez. II – 13/10/2015 n. 403/12. In questa decisione si dice che di fronte ad un conflitto potenziale non scatta in via automatica l'esclusione, ma bisogna provare il "rischio reale" della distorsione della gara (v. par. 76 della motivazione). Questo perché bisogna evitare che il concorrente che si trovi in apparente conflitto, ma che in realtà non abbia avuto modo di alterare la gara, sia escluso inutilmente. È palese dunque che il criterio del rischio reale è pensato a tutela del concorrente sospettato di conflitto, ad evitare un'esclusione inutile. Una tutela della concorrenza in senso soggettivo e di matrice europea.

Ma in senso contrario bisogna considerare che il Consiglio di Stato (sez. V n. 3415/2017) ha espressamente sconfessato il richiamo alla decisione del Tribunale europeo e dunque il criterio del rischio reale: ha affermato che il richiamo è improprio, giacché, da un lato, la decisione del Tribunale europeo si riferisce all'art. 94 del regolamento Ue n. 1605/2002 del Consiglio, del 25 giugno 2002, recante il *Regolamento finanziario applicabile al bilancio generale delle Comunità europee*, che riguarda solo gli appalti interamente finanziati dalla U.e. ed è quindi norma "speciale", da non estendere; d'altro lato, il Consiglio di Stato ha aggiunto che l'art. 42 deriva dall'art. 24 della direttiva 2014/24/UE e che la norma è chiaramente a favore di un conflitto "ipotetico", perché ha adottato la formula "può influenzare ... anche indirettamente", alludendo così ad un conflitto potenziale.

3. *La natura del conflitto d'interessi e i riflessi sul giudizio e sulla prova*

In conclusione, l'interpretazione di cosa sia conflitto può essere molto differente e variabile. Può considerare il momento potenziale o il momento reale e può riguardare l'imparzialità dell'amministrazione o la concorrenza tra le imprese. Emergono così visioni opposte, ovvero diversi principi e diversi valori. Si riflettono sulla tecnica del giudizio e della prova. Su questo punto vale la pena di spendere alcune precisazioni.

Tutto dipende da cosa si veda nel conflitto e nell'art. 42. Le letture possibili sono due. La prima è questa: se si legge l'art. 42 come norma generale, ogni sua estensione è possibile. Questo perché il conflitto rappresenta il rovescio dell'imparzialità e non è altro che la risonanza d'un principio generale. Naturale dunque che l'interpretazione della norma possa estendersi, allargando il conflitto ad ogni tipo d'interesse, anche innominato, ma idoneo, per sua forza, a viziare l'imparzialità. Su questo punto è di esemplare chiarezza Cons. St., sez. V, n. 2853/2018: legge l'art. 42 "nell'ampia portata della norma sul conflitto di interessi che, come detto, attribuisce rilevanza ad ogni situazione di interesse, diretto od indiretto, di qualsivoglia natura, nonché a qualsivoglia posizione del soggetto in conflitto di interessi che gli consenta di influenzare il risultato dell'aggiudicazione".

Se invece si considera il conflitto come un che di speciale, di stigmatizzato e di circoscritto per volontà della legge, l'art. 42 è norma speciale e tassativa: identifica e circoscrive gli interessi; e rappresenta l'esclusione come sanzione.

Nei due casi l'interpretazione cambia. Nel primo caso, è naturale che sia praticabile un'interpretazione estensiva, perché la norma è l'espressione d'un principio costituzionale e, quindi, in quel modo, il giudice sta interpretando non l'art. 42 ma l'art. 97 Cost.

Nel secondo caso, l'interpretazione non può che essere restrittiva e letterale; e obbedisce a quel canone di tassatività che non permette all'interprete di andare oltre, al di là delle definizioni e delle cause letteralmente indicate dalla norma.

Vi è poi, sempre a livello di sistema, la questione del tipo di conflitto, propria di ogni conflitto: se esso sia potenziale o reale. Il conflitto potenziale suppone l'astrazione, sia del bene protetto che della causa lesiva. Il conflitto reale vuole un che di effettivo. Il conflitto potenziale si vede meglio nel caso dell'imparzialità in senso astratto, perché è facile presumere che ogni interesse diverso possa alterare la posizione di isolamento e di prestigio dell'amministrazione. Il conflitto reale si vede meglio se applicato alla concorrenza, perché l'elemento reale spicca meglio nell'azione, nella gara, ove è più visibile, cercando nell'aggiudicazione e verificando se l'indebito vantaggio competitivo abbia cambiato la valutazione delle offerte.

Infine, come detto, conta il valore da tutelare: può essere l'imparzialità astratta dell'amministrazione o la par condicio effettiva delle imprese nella gara.

L'art. 42 si trova al crocevia di queste prospettive. La scelta dell'una o dell'altra ha più conseguenze. La prima e più immediata si riflette sul risultato. Si vede subito nel conflitto reale e nella gara: qui è immediato collegare l'art. 42 all'art. 80 e disporre l'esclusione, valutando se sia il caso di salvare o meno l'impresa in sospetto di conflitto; quindi una questione particolare, tipica di una norma speciale e sanzionatoria.

Nel primo caso, nel conflitto potenziale applicato all'imparzialità dell'amministrazione, si fa questione di principio e si ha la conseguenza, nel giudizio, di poter guardare non al particolare dell'esclusione, ma alla legittimità dell'aggiudicazione e di tutta la gara. Ne viene, inoltre, la possibilità di allargare molto l'eccesso di potere che potrebbe viziare l'aggiudicazione: si potrebbe assumere a suo sintomo ogni interesse potenzialmente lesivo, capace, per sua forza, di alterare l'imparzialità.

Infine, tutto si riflette sulla prova. Nel caso del conflitto reale il giudice suole guardare alle offerte e alla valutazione di esse, per come sono rese nella gara, cercandone l'alterazione e chiamando la parte che l'asserisce alla prova piena, a dimostrare che il conflitto sia causa diretta dell'alterazione; ma, se il giudice non trova niente, tutto è legittimo, anche se vi sia il pericolo ipotetico, l'ombra del conflitto. Qui il principio è quello della piena prova e incombe su chi denuncia il conflitto. I risultati sono due. L'esclusione non è mai automatica, ma va giustificata da una lesione della gara, che sia reale e provata. Quanto all'aggiudicazione che sembri viziata per l'esistenza di conflitto d'interessi, il risultato è che il sospetto non vizia, ma conta solo la lesione effettiva, ovvero "l'indebito vantaggio competitivo".

La tecnica probatoria cambia nel caso del conflitto potenziale. Qui il giudice guarda alla posizione dell'amministrazione in astratto e ragiona in via preventiva: non cerca l'alterazione della gara ma l'alterazione della posizione dell'amministrazione, presumendo che il vizio dell'imparzialità sia vizio dell'attività, riversando nel giudizio una presunzione *juris tantum*, a tutela del principio.

Come si vede, si tratta di tecniche molto diverse. Ne deriva, in sintesi, nei risultati, che nel primo caso l'art. 42 sembra garantire la posizione dell'amministrazione, mentre nel secondo caso la sua azione. Nello specifico, nel primo caso, l'imparzialità dell'amministrazione nel vigilare sulle imprese, oppure, nel secondo caso, la concorrenza effettiva tra le imprese.

Nel particolare, guardando la situazione di fondo, nel primo caso l'interpretazione tende a garantire l'isolamento dell'amministrazione, il suo distacco da qualsiasi interesse, la sua immagine esteriore e superiore, la credibilità e il prestigio. Nel secondo caso, si può dire che l'art. 42 si rivolga direttamente alle imprese in concorrenza e sia volto a tutelare la par condicio nella gara, la sua perfetta funzionalità, ovvero il suo tendere a far prevalere il miglior competitore, senza anomalie, nella partecipazione e nell'aggiudicazione, limitando all'essenzia-

le e al particolare un conflitto che in sé è determinato dalla legge, e che, oltre i suoi limiti, lascia libero e intatto uno spazio di contatto e di dialogo tra imprese e amministrazione, prima e durante la gara.

Era bene avvertire il lettore e rappresentare queste diverse interpretazioni, essenzialmente di valori e di principi, perché, in fondo, si riflettono sul giudizio. Così come sull'apparenza o sulla realtà si riflette sempre il conflitto d'interessi, perché porta in sé la misura in cui tutti gli interessi umani possono entrare in una qualche relazione, divenendo buoni o pericolosi, ma non per la relazione in sé, ma per i fini e i valori che possono toccare, nella misura in cui l'ordinamento li desidera sistemare e tutelare. Il problema quindi è quello delle posizioni e delle relazioni di fondo: resta aperto il problema d'intendere lo spazio lecito dei contatti e degli interessi. Il codice o le norme anticorruzione non dicono quale sia questo spazio, ma si limitano al negativo e al conflitto. Per identificarlo in positivo, si possono immaginare due ipotesi.

4. *Un approfondimento: la posizione di fondo dell'amministrazione e delle imprese.*

La prima ipotesi è generale e si legge alla luce dell'art. 97 Cost.: nel conflitto potenziale conta l'imparzialità. Letta in termini di interessi istituzionali, la posizione rivela il distacco dell'interesse pubblico dall'interesse degli altri. Questa posizione può essere letta anche alla luce dell'art. 98 della Costituzione, che prevede l'essere "al servizio esclusivo della nazione". In questa luce l'imparzialità diventa un dovere, il dovere di essere al servizio esclusivo dell'interesse pubblico. E, significando assoluto distacco dagli altri interessi, significa esclusività, fedeltà, immedesimazione con l'interesse; ovvero, in fondo, viene fuori lo spirito dell'art. 54 cost., cioè onore e solidarietà, e *un certo vincolo all'idea di repubblica*⁸. In questa luce, la posizione dell'amministrazione verso l'interesse può assumere un che di istituzionale, di più forte, che si riflette sull'azione e sulla legittimità. Difatti, considerando l'interesse da una certa posizione, si valuta il fine estraneo rispetto all'interesse istituzionale e quale relazione possa essere dannosa e quale no. È un giudizio di adeguatezza al fine: ma soprattutto è un giudizio di merito e di valore⁹.

Considerando il merito amministrativo, emergono i valori e i principi che sono propri dell'amministrazione. Questi valori sono da identificare e da valutare secondo i principi istituzionali, secondo i valori che ispirano l'azione della stessa amministrazione. È, questa, una concezione istituzionale, alla francese, che è giustificato richiamare qui perché la norma dell'art. 42 deriva, sì, dall'art. 24 della direttiva Ue 2014/24, ma la formula ivi adottata, la "possibilità di influenza sul

⁸Cfr. G.M. RACCA, *Corruzione (dir. amm.)*, cit., 209-212.

⁹ Così v. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, spec. 260 ss.

risultato”, usando gli interessi, è di chiara derivazione francese¹⁰. Appartiene alla categoria dell’eccesso di potere e della moralità amministrativa (*moralité administrative*)¹¹. Risponde ai fini istituzionali dell’amministrazione e ai suoi principi. Precisamente, la moralità amministrativa è costituita da quelle regole e da quei principi che obbligano a rispettare i fini e le posizioni istituzionali. In fondo, il rispetto dei fini è insito nella posizione e nell’idea stessa dell’istituzione amministrativa. Più esattamente: posizione e azione dell’amministrazione qui coincidono. Naturale dunque che, in questa concezione, la posizione si rifletta sull’azione e che la moralità dell’amministrazione si riversi tutta nell’azione imparziale¹². Può quindi prevalere sulla libertà delle imprese in concorrenza, la libertà di tenere contatti con l’amministrazione¹³. Considerando invece in modo positivo quest’ultima situazione, si potrebbe arrivare ad un’idea opposta. In una visuale diversa e forse più contemporanea, si potrebbe pensare che la situazione di base è la libertà delle imprese e il conflitto è l’eccezione. In questa logica, tipica del codice, si vede altro. Per esempio, nel secondo caso, il conflitto reale porta all’esclusione dalla gara, a mo’ di sanzione; ma qui il conflitto e l’esclusione sono considerati come eccezione, perché la norma tocca una certa situazione di base: la libertà delle imprese di dialogare con l’amministrazione. Si intravede qui una nuova situazione: la libertà delle imprese di concorrere al meglio nella gara e di tenere relazioni con l’amministrazione, prima, durante e dopo, come si è visto nei casi esaminati, in cui i rapporti si intrecciano, soprattutto prima della gara, a sua preparazione, con progettazioni, indagini di mercato, consulenze. In conclusione, in questo secondo caso, la situazione di base è la libertà di dialogo delle imprese in concorrenza e, specularmente, l’amministrazione nel mercato.

¹⁰ Cfr. J. B. AUBY, *Conflits d'intérêts et droit administratif, Droit administratif*, 2010, 14 ss.

¹¹ Per la dottrina della *moralité administrative* v. M. HARIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1911, 7 éd., spec. 450; H. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, Sirey, 1929, 76-81.

¹² H. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, cit., 77. In Italia, similmente, quando l’interesse pubblico assume giuridico rilievo, determina l’esistenza di regole e principi che sono «espressione della normatività dell’istituzione» – così A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa, Enc. del dir.*, XII, 65 ss., 74. Per un’efficace rilettura v. G. LONGOBARDI, *La posizione istituzionale dell’amministrazione pubblica e la Costituzione*, Amministrazione in cammino, 2017.

¹³ Per esempio, v. *Conseil d’État* 16 mars 2011 n. 334396, in *AJDA*, 2011, 1326. In questo caso, l’Alta Autorità di protezione della salute (HAS) nominava un comitato di esperti, per valutare l’efficacia di un farmaco. Alcuni membri del comitato sono di provenienza pubblica e altri di provenienza privata. Il parere del comitato è positivo, ma viene reso trascurando una circostanza: alcuni degli esperti avevano avuto relazioni professionali con la società produttrice del farmaco; quindi l’Autorità aveva chiesto a tutti di dichiarare l’assenza di conflitto d’interessi; però la dichiarazione non veniva resa dai membri di provenienza privata. Il *Conseil d’État* annulla tutto: il parere e la conseguente autorizzazione all’immissione in commercio. È violata l’imparzialità dell’amministrazione. Secondo il *Conseil d’État*, in questo caso basta l’omissione della dichiarazione a invalidare tutto, basta il sospetto a compromettere il principio di imparzialità.

Al contrario, nel caso del conflitto potenziale, la situazione che conta è l'imparzialità dell'amministrazione, vista come isolamento. Il che porta ad estendere il conflitto ed ogni interesse può sacrificare la libertà delle imprese, perché qui il limite alla libertà non è eccezionale ma è generale e corrisponde a necessità istituzionali e prevalenti, dell'amministrazione e dei suoi organi.

Nel nostro ordinamento ambedue le ricostruzioni sono possibili.

Abstract

Public procurement and conflict of interest

by Alessandro Cioffi

Italian administrative Code for public Procurements sets new rules on conflict of interests. The aim is to protect competition, according to Eu principles, under the art 42. It provides to avoid any interest, as personal interest, economic interest or financial interest, that may influence the final goal. So the whole system involves the idea of what might be the position of public Administration relating to such kind of interests. Should it be considered out of any contact or not? The big deal is in determining final values and kinds of conflict. So real conflict or potential conflict, and several values, as competition or public interest, can play a big role in definition of the rule of law.

Notazioni di ermeneutica contrattuale evocate dalla digitalizzazione dei processi costruttivi

di Raffaele Picaro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Aspetti qualificanti la modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture nell'impianto del d.m. n. 560 del 2017. – 3. Pangenesi contrattuale del Capitolato informativo. – 4. L'attività contrattuale dei committenti pubblici al tempo della digitalizzazione dei processi costruttivi, tra fonti e metodo. – 5. *Segue*. L'obbligazione come rapporto di cooperazione. Riverberi sul diritto del debitore all'esecuzione della prestazione. – 6. *Segue*. Dimensione partecipativa, cooperazione e simmetria informativa accentuata del contratto di appalto pubblico tra strumenti privatistici ed atti autoritativi. – 7. *Segue*. Operazione economica unitaria ed interesse negoziale della catena di fornitura dell'aggiudicatario. – 8. *Segue*. Prodromi privatistici del contratto di appalto pubblico e prospettiva economica antropocentrica. – 9. Conclusioni.

1. Premessa

In un tempo giuridico tipizzato dall'irrompere pervasivo e totalizzante della transizione digitale del contratto di appalto pubblico, i primi sussulti del d.m. n. 560 del 2017¹, siccome accompagnati dai vagiti dell'anno appena schiuso, inducono l'interprete ad interrogarsi circa i possibili esiti connessi all'applicazione, progressivamente vincolante ma, in ogni caso, non sanzionata, delle previsioni di tale corredo normativo, in correlazione allo sviluppo della qualificazione digitale della committenza pubblica, troppo poco sedimentata per confrontarsi con il cambiamento che deriverà dalla novella. Come è noto il provvedimento ministeriale, adottato in attuazione dell'art. 23, co. 13 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), individua il 1° gennaio 2019, quale riferimento temporale per la graduale obbligatorietà delle prescrizioni ivi contenute ed è stato concepito allo scopo di proiettare il comparto dell'edilizia e delle infrastrutture nella simulazione immersiva e computazionale in cui si struttura la modellazione informativa, la cui essenza si incarna nell'informatizzazione dell'elemento di rappresentazione del progetto stesso. Elemento centrale della disciplina così introdotta è rintracciabile nel BIM (*Building Information Modeling*)², una tecnologia abilitante

¹ Decreto 1° dicembre 2017, n. 560, approvato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in attuazione dell'art. 23, co. 13, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici). Nella Relazione di accompagnamento al decreto si declinano gli obiettivi del provvedimento, tra cui l'imposizione graduale, in parallelo con la progressiva maturazione culturale, della modellazione e gestione informativa, intesi come fattori di accrescimento del sistema delle convenienze nel comparto dei lavori pubblici.

² A.L.C. CIRIBINI, *Il Decreto BIM: l'avvio dell'era digitale nel settore delle costruzioni in Italia*, in *www*.

che, pur declinandosi in una moltitudine di significati, si configura come fenomeno epifanico, nella considerazione che dai dati geometrico-dimensionali si passa quelli alfanumerici³.

Rinviando alla diffusa letteratura d'ambito, in verità solo in minima parte giuridica, l'approfondimento funzionale della tecnologia in discorso, sembra in ogni caso utile precisare come tale approccio, sulla base di innovative metodologie conoscitive, rappresentative, organizzative e di processo, guardi al complessivo ciclo di vita dell'immobile, ottimizzando la collaborazione dei professionisti coinvolti, i cui apporti confluiscono in un unico modello informativo soggetto a progressiva implementazione in corrispondenza delle successive fasi di progettazione, esecuzione, nonché di programmazione ed attuazione degli eventuali interventi manutentivi. Una tecnica viva, coordinata e collaborativa, sostanzialmente aperta, che rifiuta l'unicità, e che può sintetizzarsi in un modello tridimensionale parametrico al cui interno è raggruppata la progettazione architettonica e strutturale, così come quella impiantistica, che, guardando alla vita utile del bene, introduce la questione della sua durabilità.

Ma il BIM non si esaurisce nell'attività progettuale: il processo in cui si inverte la modellazione informativa è totalizzante ed investe le attività di gara propedeutiche all'individuazione dell'affidatario dei servizi di progettazione, al pari delle fasi di esecuzione dell'opera, come del programma di manutenzione della stessa. Così, in una formula unificante, il flusso informativo espresso in formato digitale dispiega i suoi effetti nella revisione delle anomalie genetiche degli atti prodromici alla formazione del vincolo contrattuale, così come di quelli più strettamente esecutivi e funzionali, con ripercussioni sui criteri di imputazione della responsabilità delle parti coinvolte.

Centrali, dunque, si rivelano il trattamento del dato e la disciplina dei requisiti informativi. Ne ha preso atto anche la giurisprudenza amministrativa che, pronunciatisi in argomento, ha rilevato come elemento qualificante della tecnologia in discorso sia da indentificarsi nella informazione⁴, non certo nella

ingenio-web.it, 5 dicembre 2017; G. BRIONI, *Il BIM nel nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 50/2016)*, in *Teoria prat. prof.*, 2017, 1-2, p. 49 ss.; V. SESSA, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in *giustamm.it*, 2016, 2, pp. 1-9; F. RUPERTO, B. BAGNI, G. GALLI, R. LEVI e R. NEGRI, *Bimportale, Report 2017, La prima analisi sull'evoluzione del BIM in Italia*, in *www.bimportale.com*, 22 gennaio 2018; M. CAPUTI, *La rivoluzione del BIM: definizione e quadro introduttivo*, in *App. contr.*, 23 aprile 2018; Id., *BIM: l'evoluzione degli strumenti*, *ivi*, 2 maggio 2018; A. VERSOLATO, *BIM: il quadro normativo*, *ivi*, 21 maggio 2018; A. VERSOLATO e C. CALLOPOLI, *La metodologia BIM ed il principio di equivalenza*, in *App. contr.*, 2018, 7-8, p. 28 ss.; AA. VV., *Innovare per progettare il futuro. Primo Libro Bianco sul Building Information Modeling*, a cura di Italferr-Gruppo ferrovie dello Stato Italiane, in *www.italferr.it*, giugno 2018.

³ A.L.C. CIRIBINI, *Il Decreto BIM: l'avvio dell'era digitale nel settore delle costruzioni in Italia*, in *www.ingenio-web.it*, 5 dicembre 2017.

⁴ Sull'informazione come opera dell'ingegno e notizia, cfr. P. PERLINGIERI, *Informazione come*

tridimensionalità⁵, laddove consente la creazione dell'esemplare di intervento da realizzare attraverso l'esplicazione di inedite modalità di lavoro collaborativo tra gli attori coinvolti nel processo. Il prototipo diventa simulacro dei contenuti informativi, ma anche l'esito delle attività dispiegate dalle varie professionalità attratte, secondo schemi di collaborazione e coordinamento che variano in base alla strategia esecutiva e alla struttura organizzativa adottata⁶.

Confermando l'impostazione appena fornita, l'impianto del d.m. n. 560 del 2017 poggia la propria dimensione strutturale e funzionale sul rapporto instaurato tra Capitolato informativo e Piano di Gestione informativa che, filtrati nel contesto dell'Ambiente condivisione dati, consentono ai flussi informativi di percolare attraverso il perimetro contrattuale. In estrema sintesi, le dinamiche obbligatorie relative alle procedure competitive per l'affidamento di servizi o lavori su base BIM fondano, nella fase preliminare, sul Capitolato e l'Offerta per la gestione formativa, confluendo successivamente nel Piano di gestione informativa che, come definito dal d.m. n. 560 del 2017, investe la catena di fornitura dell'affidatario, appaltatore o concessionario, cui vengono richieste precise garanzie in termini di perfezionamento contrattuale dei requisiti informativi indicati dal committente⁷.

Col presente contributo si intende condurre un'analisi critica di tali strumenti, al precipuo scopo di indicare le coordinate assiali per realizzare una consapevole introduzione del BIM nelle singole fasi del processo in cui si affatta metodica si inverte. La trattazione offre l'occasione per una riflessione che tocca il ruolo del giurista positivista⁸ rispetto al diffondersi di nuove tecnologie in contesti che

bene giuridico, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 2, p. 326 ss. ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 333 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*², II, Napoli, 2006, p. 908 ss. Si veda, sul tema, anche F. BOCCHINI, *Introduzione*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, a cura di, F. BOCCHINI, Torino, 2003, p. 21.

⁵ Tar Lombardia, 29 maggio 2017, n. 1210, in *www.bimportale.com*, 10 giugno 2017, con commento di F. RUPERTO, *BIM. Primi orientamenti giurisprudenziali. Sentenza Tar Lombardia* e in *www.lavoripubblici.it*, 12 giugno 2017, con commento di S. SBACCHIS, *Il BIM entra nelle aule di tribunale*. Cfr. F. RUPERTO, B. BAGNI, G. GALLI, R. LEVI e R. NEGRI, *Bimportale, Report 2017, La prima analisi sull'evoluzione del BIM in Italia*, cit., p. 12.

⁶ A.L.C. CIRIBINI, *Il BIM è collaborazione, ma come gestire i contratti – responsabilità, rischi e remunerazioni?*, in *www.ingeno-web.it*, 12 gennaio 2018.

⁷ A.L.C. CIRIBINI, *Il Decreto BIM: l'avvio dell'era digitale nel settore delle costruzioni in Italia*, in *www.ingeno-web.it*, 5 dicembre 2017

⁸ Compito del giurista è quello «di calarsi sì nella contemporaneità, ma valutando a fondo la sua complessità e le sue contraddizioni, le pluralità e la diversità dei valori, sapendo cogliere tanto la tradizione quanto l'innovazione, nella convinzione che il diritto non si esaurisce nella legge», così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*², I, Napoli, 2006, p. 124 ss.; cfr. ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, *passim*. Si vedano, al riguardo, gli interessanti contributi presenti in AA. Vv., *Fonti, metodo e*

erodono le tematiche di tradizionale appannaggio del civilista contemporaneo⁹, aprendo, al contempo, inesplorati campi di indagine: troppo piegato all'agevole commento del sedimentato di esperienze formatosi nelle aule di giustizia per essere propulsore di discontinuità, alfiere del cambiamento¹⁰; troppo ingabbiato nella temporalità della sua storia per decifrare il movimento senza confonderlo con la contingenza¹¹. Non può sottacersi come, rispetto al progressivo invernarsi dell'impianto metodologico basato sul BIM, sia stato assordante il silenzio serbato al riguardo dalla dottrina, probabilmente nell'erroneo convincimento

*interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 10-11 novembre 2016, Sala degli Affreschi, Complesso di S. Andrea delle Dame-Napoli, a cura di, G. PERLINGIERI e M. D'AMBROSIO, Napoli, 2017, passim. Sul tema L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica, Saggi*, Milano, 1996, p. 10; ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 1 ss.; V. SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, p. 1256; G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 357 ss.; ID., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, p. 75 ss.; ID. (a cura di), *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, Roma-Bari, 2011, p. 191 ss. Sul punto, cfr. F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2009; F. MACARIO e M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010; M. PENNASILICO, *Il diritto civile tra storia e metodo*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, I, p. 337 ss.*

⁹ Paolo Grossi invoca la «bassa corte dei fatti» in ID., *Nobiltà del diritto. Profilo di giuristi*, in *Quaderni fiorentini*, 80, Milano, 2008, p. 213. Cfr. ID., *Ritorno al diritto (a mo' di introduzione)*, in ID., *Ritorno al diritto*⁵, Roma-Bari, 2018, p. VII ss., per sottolineare la inseparabilità tra fatti e diritto ma anche «d'enorme virulenza di certi fatti» che condizionano il diritto, lo plasmano. Un approfondimento del tema lo si ritrova in ID., *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 1, p. 11 ss. Per P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*⁶, cit., p. 97, «la civilistica, piuttosto che cedere alla suggestione del dogmatismo in tutte le sue manifestazioni, anche di natura sociologica, o ad eleganti polemiche sul metodo, dovrebbe percorrere la via della rilettura del codice civile e delle leggi speciali alla luce delle normative comunitarie e della Costituzione, suggerendo per la società, nuova negli ideali e nelle strutture, una normativa moderna e adeguata».

¹⁰ La fattualità che segna l'attuale contingenza storica e la necessità di un'ermeneutica giuridica che si mostri attenta alle esigenze che rivendica l'esperienza sono presenti in P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, p. 317 ss. Sul tema, da ultimo, la ricostruzione di G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 3, p. 666 ss.

¹¹ P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 3 ss. Per una lettura critica del nichilismo in chiave giusfilosofica, B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, Torino, 2006, p. 79 ss. Si veda anche G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di, V. SCALISI, Milano, 2004, pp. 1229-1299; P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, p. XI. Sul tema, A. PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2009, p. 21 ss.; N. IRITI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 58 ss.; P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto*, Milano 2009, p. 123 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.

dell'assenza di profili di incidenza sulle categorie di diritto privato¹². Eppure, superata la fase in cui il tema era oggetto di approfondimento da parte di alcuni isolati innovatori, nel periodo più recente, soprattutto all'indomani dell'adozione del codice dei contratti pubblici¹³, ci si era ormai persuasi che la transizione digitale¹⁴ avrebbe impresso un profondo cambiamento al comparto non solo delle costruzioni e delle infrastrutture ma, più in generale, dei lavori complessi, in relazione alle attività di progettazione, esecuzione e manutenzione, con le intuibili ricadute sulle elaborazioni formulate in ordine ai fondamentali di tradizionali istituti di diritto privato e delle loro saldanti categorie di riferimento¹⁵.

¹² R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, p. 99 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 253 ss.; P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 319, per il quale «in un sistema ordinamentale ispirato al rispetto dei diritti umani, alla socialità e alla solidarietà, cioè caratterizzato assiologicamente, l'interpretazione e la conseguente qualificazione non possono più prescindere dai normali strumenti di integrazione, di adeguamento e di bilanciamento»; G. ALPA, *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2, p. 147; ID., *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2014, numero speciale, p. 77; F. GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte fondamentali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, p. 1225 ss.; G. PERLINGIERI, *Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici»*. *Crisi e ridefinizione delle categorie*, in AA. VV., *Tem e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli, 2005, p. 552; M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia. A proposito del libro di Nicola Lipari*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, p. 1246 ss. Si veda anche M. WEBER, *Economia e società*, II, trad. it. di P. ROSSI, Milano, 1974, p. 189.

¹³ Che, all'interno di una strategia europea di omogeneizzazione della crescita intelligente inclusiva e sostenibile, ha incoraggiato un'introduzione graduale dei programmi parametrici.

¹⁴ Sul tema si rinvia agli interventi al convegno organizzato dalla Camera dei Deputati su *La transizione digitale in Europa per il settore delle costruzioni – Gli effetti delle strategie e dei mandati governativi sul settore delle costruzioni*, Roma, 18 febbraio 2016. In materia, cfr. A. DE NITTO, *A proposito di certezza*, in *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, Milano, 2010, *passim*; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., p. 69 ss., dove sottolinea che «la mondializzazione dei mercati, la rivoluzione informatica, la «cultura globale»... si intrecciano postulando nuove regole».

¹⁵ P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 31 ss., dove viene sottolineata l'inscindibilità del fenomeno sociale e dell'esperienza giuridica; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 21 ss.; G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, p. 30 ss.; R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, 26, pp. 513-525; M.R. FERRARESE, *Magistratura, virtù passive e stato attivo*, in *Interpretazione e diritto giudiziale*. 1. *Regole, metodi, modelli*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1999, p. 227. Si vedano anche F.B. CROSS e S.A. LINDQUIST, *The Scientific Study of Judicial Activism*, in *Minnesota Law Review*, 2007, p. 1752 ss.; M. CAIELLI, *Attivismo giudiziale e utilizzo della comparazione giuridica in alcuni emblematici hard cases indiani e statunitensi*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, a cura di M. CAVINO e C. TRIPODINA, Milano, 2012, p. 251 ss.; L. BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 25 ss.; F. D. BUSNELLI, *Quale*

Proprietà intellettuale, responsabilità professionale e, soprattutto, la nozione di cooperazione contrattuale sarebbero state incalzate in maniera panottica dall'incedere della modellazione digitale¹⁶, pervenendo ad una ri-definizione o solo ad una ri-visitazione del loro contenuto concettuale, con ovvie ricadute sul relativo spettro applicativo¹⁷.

L'approfondimento della materia involge anche l'esigenza, storicamente delineatasi, di affermare la centralità della cultura della definizione progettuale

futuro per le categorie del diritto civile?, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, p. 1 ss.; E. MINERVINI, *Le categorie del diritto civile (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 712 ss.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, 1, p. 458 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, cit., p. 18 ss.; G. BENEDETTI, *Intervento in Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2005, p. 593; V. SCALISI, *Assiologia e teoria del diritto (Rileggendo Rodolfo De Stefano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, p. 21, ora in ID., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 225 ss. Diversamente, N. IRTI, *Leggi speciali (Dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 1, p. 141 ss.; ID., *L'età della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 613 ss. Sul tema, G. CAPOGRASSI, *Prefazione a «La certezza del diritto» di Flavio Lopez de Oñate*, in ID., *Opere*, V, Milano, 1959, p. 87; T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in ID., *Problemi giuridici*, 1, Milano 1959, p. 71 ss.; S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, p. 68; H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1972, trad. it. di G. VATTIMO, *Verità e metodo*, Milano, 1994, pp. 382-383; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, I, 2, Milano, 1980, p. 106; L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 42; R. SACCO, *L'interpretazione*, in G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI e R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, p. 182; A. FALZEA, *Giuristi e legislatori (considerazioni metodologiche)*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 667; P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 73; ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 110 ss.; G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 1261; F. GALLO, *L'interpretazione del diritto è affabulazione? (con «Spunti per la riflessione» di M. Cicala)*, Milano, 2005, *passim*.

¹⁷ A.L.C. CIRIBINI, *Il BIM è collaborazione*, cit. In argomento cfr. L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 75; ID., v. *Diritto vivente*, in *Dig. prin. sez. civ.*, VI, Torino, 1999, p. 445 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, cit., p. 433 ss.; ID., *Interpretazione e legalità costituzionale: antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 437 ss.; N. IRTI, *Nichilismo e formalismo nella modernità giuridica*, in ID., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 24; V. SCALISI, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto «giusto»*, in *Eur. dir. prin.*, 2010, p. 471 ss., ora in ID., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, cit., p. 124 ss.; M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1966, p. 32 ss.; ID., *Interpretazione e legittimazione del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1100 ss.; ID., *Il nichilismo giuridico, la forma del diritto moderno e il nuovo sovrano*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 1, p. 769 ss.; L. NOGLER, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 1, p. 39 ss.

dell'opera pubblica. Una questione che vive nell'intreccio pervasivo ed antinomico di prerogative costituzionali di enti titolari di competenze e strumenti che siano non soltanto capaci di delineare un percorso autorizzativo definito nei dettagli, ma anche di guardare alla durabilità del bene, indicando prescrizioni e protocolli attuativi di controlli, finalizzati a garantire la sicurezza nel tempo della sua fruizione¹⁸.

In quanto atto di politica industriale che si propone l'obiettivo di avviare la transizione digitale nel comparto delle costruzioni evitando che si ingeneri una superfetazione formale, il grado di effettivo recepimento del d.m. n. 560 del 2017 sarà in larga misura ascrivibile alla capacità dei protagonisti di non piegarsi ad un eccesso di pragmatismo riduzionista di un testo che, particolarmente pregno di significati applicativi, si completa con la Relazione di accompagnamento e le norme tecniche volontarie. Mancando un quadro sanzionatorio, i contenuti normativi dovranno misurarsi con una sostanziale disponibilità da parte dei soggetti coinvolti a creare i presupposti per la interiorizzazione dei processi digitali nei propri assetti organizzativi e gestionali, insieme a quelli più strettamente contrattuali¹⁹.

2. *Aspetti qualificanti la modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture nell'impianto del d.m. n. 560 del 2017*

Ancorché riferibile ad una fase temporalmente precedente alla pubblicazione del d.m. n. 560 del 2017, la giurisprudenza²⁰, che in maniera isolata si è occupata del tema, non si è mostrata ignara del viluppo che lega i metodi e gli strumenti elettronici di modellazione dell'edilizia ai requisiti informativi richiesti dal committente (qualificato). Tant'è che, nell'obiettivo di eliminare le zone d'ombra e ridurre al minimo il rischio del contenzioso giudiziario²¹, nella parte dedicata alle definizioni, il d.m. n. 560 del 2017 si sofferma in maniera puntuale sull'Ambiente di condivisione dei dati e sul Piano di gestione informativa, pro-

¹⁸ E. SPALLAROSSA, *Le nuove tecnologie e la digitalizzazione a supporto della manutenzione programmata delle reti infrastrutturali*, in *www.ingegno-web.it*, 21 agosto 2018, secondo cui «adottare i processi BIM significa utilizzare la modellazione multidimensionale parametrica intelligente (ossia creare il modello virtuale delle opere) per registrare e condividere le informazioni di un manufatto, siano esse informazioni relative a progettazione, costruzione, ma, soprattutto, relative alla gestione e alla manutenzione di un bene»; R. NEGRI, *Toninelli: BIM e digitalizzazione chiave del futuro delle Costruzioni*, in *www.bimportale.com*, 5 luglio 2018. Si veda il Manifesto di Federcostruzioni, *Edificio 4.0: Costruire digitale per un'Italia più sociale, più sicura, più sostenibile. Proposte per la Rigenerazione Urbana e una Riqualficazione Immobiliare del Paese*, presentato a Roma il 4 luglio 2018.

¹⁹ A.L.C. CIRIBINI, *o.l.u.c.*

²⁰ Tar Lombardia n. 1210/2017.

²¹ A.VERSOLATO e C. CALLOPOLI, *La metodologia BIM ed il principio di equivalenza*, cit., p. 35.

posti come passaggi centrali nell'attivazione della procedura comparativa basata sulla modellazione informativa.

La digitalizzazione dei processi costruttivi contempla l'impiego di un Ambiente di condivisione dei dati (ACDat)²² laddove gli attori interagiscono nello sviluppo della filiera informativa²³. Uno spazio virtuale organizzato, strutturato e tracciabile, che raccoglie le attività relative alla conduzione della commessa, con ruoli e responsabilità, in cui le informazioni sono veicolate da un'area alla successiva a seguito di protocolli, di controlli e verifiche che assicurano completezza, trasmissibilità e congruenza nel percolare lungo l'andamento dell'appalto, garantendo una gestione tempestiva delle decisioni²⁴. Dunque, alla stregua della disciplina in commento, l'ACDat rappresenta il contesto che consente la gestione digitale dei processi informativi, attuata mediante la correlazione tra i flussi informativi digitalizzati ed il governo decisionale del singolo procedimento, in cui, in estrema sintesi, prende forma l'integrazione e l'interoperabilità espressa dalla modellazione BIM. Da tale punto di vista non può dubitarsi che un corretto e consapevole funzionamento dell'ACDat diviene sinonimo di trasparenza e preservazione dei flussi informativi, dal momento che i requisiti di definizione ivi contenuti sono volti ad accordare sicurezza informatica, tutela della proprietà intellettuale e dei dati personali²⁵. Riflettendo il precario livello di qualificazione informativa della committenza pubblica, la gestione dell'ACDat, pur segnalandosi come passaggio cruciale nella digitalizzazione del comparto delle costruzioni, allo stato soffre di talune criticità sul piano applicativo, risultando nei fatti demandata al soggetto affidatario della commessa, con possibili ripercussioni negative per le procedure di gara, l'andamento dell'appalto e, in ultima analisi, finendo per minare l'essenza stessa del BIM²⁶.

²² Denominato ACDat nella norma UNI 11337 o anche CDE (*Common Data Environment*) nelle PAS 1192 britanniche.

²³ Dell'Ambiente di condivisione dati, peraltro richiamato anche all'art. 4, co. 2, il testo normativo offre una definizione di «ambiente digitale di raccolta organizzata e condivisione di dati relativi ad un'opera e strutturati in informazioni relative a modelli ed elaborati digitali prevalentemente riconducibili ad essi, basato su un'infrastruttura informatica la cui condivisione è regolata da precisi sistemi di sicurezza per l'accesso, di tracciabilità e successione storica delle variazioni apportate ai contenuti informativi, di conservazione nel tempo e relativa accessibilità del patrimonio informativo contenuto, di definizione delle responsabilità nell'elaborazione dei contenuti informativi e di tutela della proprietà intellettuale».

²⁴ Tale modello di piattaforma di condivisione dei dati è riconducibile al *Common Data Environment*, nella versione proposta, in maniera organica e definita, nelle norme tecniche britanniche (PAS 1192-2) come ripreso dalle norme italiane della serie UNI 11337, dove ha assunto il nome di «Ambiente di condivisione dati», sinteticamente indicato con ACDat (UNI 11337-5 e UNI/TR 11337-6).

²⁵ In materia, cfr. R. CANDIOTTO, *Il sistema informativo dell'azienda nell'ambiente digitale*, Torino, 2016, p. 111 ss.

²⁶ A. PAVAN, *Ribaltamento di costi e responsabilità del Common Data Environment (CDE) su progettisti*

Nella medesima prospettiva tesa ad assicurare attenzione alla *governance* delle risorse digitali, il d.m. n. 560 del 2017 disciplina il Piano di gestione informativa (PdGI) che, articolato su due livelli (offerta e contratto), viene redatto dal candidato, dall'appaltatore, ovvero dal concessionario che, in risposta ai requisiti informativi del capitolato, rappresenta analiticamente i flussi informativi nella propria catena di fornitura dando conto delle interazioni con i processi informativi e decisionali all'interno dell'Ambiente di condivisione dei dati. In quanto strumento a forte impatto relazionale e contrattuale con la gestione della commessa, il PdGI si articola variamente, conformandosi alla tipologia di servizio oggetto di affidamento. Stante la formula ambigua utilizzata nel contesto dell'art. 7, co. 2, d.m. n. 560 del 2017²⁷, è indubbio che la portata della novella sarà largamente rimessa ai risvolti applicativi ed interpretativi di cui formerà oggetto il Piano di gestione informativa.

3. *Pangenesi contrattuale del Capitolato informativo*

In maniera centrale l'art. 7, d.m. n. 560 del 2017, attribuisce alla stazione appaltante, oppure all'amministrazione concedente, il ruolo di agente del procedimento in materia di modellazione informativa attraverso la redazione del relativo capitolato. Conformandosi alle diverse specificità contrattuali, tale documento, ritenuto strategico dall'ANAC nelle proprie Linee guida²⁸, esplicita i contenuti finalizzati allo sviluppo anche delle fasi successive alla progettazione, ovvero l'esecuzione dei lavori, l'attività di manutenzione e, in generale, la gestione dell'opera nonché delle attività in essa ospitate²⁹. Ne deriva che il Capitolato informativo si sostanzia in un fondamentale dispositivo di richieste computazionali destinato a svolgere una funzione panottica nella filiera contrattuale, sebbene la standardizzazione che si desume dalla prassi sembri assegnargli le foggie di mero adempimento procedurale. Particolare rilievo assume la disposizione del

e imprese. È corretto?, in *www.ingegno-web.it*, 21 dicembre 2016; A.L.C. CIRIBINI, *L'intervento. Nei bandi di progettazione in Bim stazioni appaltanti in ordine sparso sui capitolati informativi*, in *Edilizia e territorio*, 24 maggio 2018.

²⁷ Laddove si esplicita un generico obbligo di concorso dei subfornitori e subappaltatori con l'aggiudicatario nella proposizione delle modalità operative di produzione, di gestione e di trasmissione dei contenuti informativi attraverso il Piano di gestione informativa.

²⁸ ANAC, *Integrazione Linee guida n. 1. Uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture – Equo Compenso*, in consultazione pubblica fino al 9 luglio 2018.

²⁹ Sul tema G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui capitolati generali*, in *Rass. lav. pubb.*, 1977, I, p. 251 ss.; Id., *I capitolati d'onere*, in *Rass. lav. pubb.*, 1980, I, p. 41 ss.; F. CAPPAL, *Le fonti normative dei contratti della Pubblica Amministrazione: uno sguardo d'insieme*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 4, p. 1138 ss. Così anche UE BIM, *Handbook for the Introduction of Building Information Modelling by the European Public Sector. Strategic action for construction sector performance: driving value, innovation and growth*, cit., p. 3.2.1.

co. 1, lett. b), della norma in commento, secondo cui il capitolato include anche il modello informativo inerente allo stato iniziale dei luoghi e delle eventuali opere preesistenti, così evocando la necessità di realizzare una preliminare ricognizione digitale del patrimonio edilizio pubblico. Le singole previsioni contrattuali condizionano le modalità mediante cui i requisiti informativi si distribuiscono tra i livelli della commessa, nondimeno, in linea con il d.m. n. 560 del 2017, lo schema di capitolato deve contemplare almeno il modello informativo relativo allo stato dei luoghi, all'anagrafica dei cespiti e delle particelle interessate, permettendo alle strutture di dati ivi richiamate di filtrare attraverso la trama contrattuale dell'asse di fornitura³⁰. Da più parti si è ritenuto che gli attributi del capitolato di cui all'art. 7, co. 1, lett. a) e b), d.m. n. 560 del 2017, pecchino di genericità in termini di dettagli informativi e volumetrici, aprendo il varco a possibili contenziosi amministrativi³¹. Un correttivo per la definizione delle condizioni utili alla costituzione dei requisiti informativi, ancorché nel rispetto dell'art. 68 c. contr. pubbl., poteva essere rappresentato dal richiamo alle norme UNI 11337-5 ed UNI/TR 11337-6, ma il legislatore ha preferito evitare di attingere alle previsioni tecniche volontarie³².

Il Capitolato informativo, allegato alla documentazione di gara per l'espletamento di servizi di progettazione o per l'esecuzione di lavori e/o la gestione delle opere, è comunicato anche ai subappaltatori e ai subfornitori, sui quali grava l'obbligo di concorrere con l'aggiudicatario, mediante il Piano di gestione informativa³³, nella proposizione delle modalità operative di produzione, gestione e trasmissione dei contenuti informativi. Non v'è dubbio che il vincolo che origina dall'attrazione della catena di fornitura del concorrente nella predisposizione del Piano di gestione informativa, introducendo singolari ramificazioni ed intrecci ermeneutici in ambito contrattuale, costituisca una rilevante innovazione nell'allocazione di rischi e responsabilità connessi all'esecuzione della prestazione convenuta. Difatti, in maniera inedita per la contrattualistica di settore, l'adesione della *supply chain* allo schema contrattuale di affidamento della commessa rappresenta uno strumento che prelude ad una diversa valutazione dell'apporto causale dei subappaltatori e dei subfornitori nell'accertamento delle responsabilità per

³⁰ A.L.C. CIRIBINI, *Committenti analogici e digitali. L'equivoco dei requisiti informativi*, in *www.ingegno-webkit*, 1 maggio 2018.

³¹ L'importanza della definizione del capitolato per ciò che attiene alla progettazione viene segnalata da ultimo da Tar Lazio, Roma, Sez. III, 5 gennaio 2018, n. 107, *Massima redazionale Pluris*, 2018.

³² Così anche Consiglio Nazionale degli Ingegneri, Circolare 7 dicembre 2017, n. 158, *Decreto Bim*.

³³ Definito dalla norma UNI 11337:2017 come il documento di pianificazione che deve garantire la soddisfazione delle esigenze espresse nel Capitolato informativo nonché il rispetto dei requisiti richiesti nei limiti di tolleranza accordati dal committente.

l'inadempimento dell'obbligazione principale, anche in relazione alla questione delle sopravvenienze non imputabili ed all'incidenza del fortuito.

Pur variando in relazione alla natura dell'opera, alla fase di processo ed al tipo di appalto, il capitolato declina gli attributi informativi strategici, generali e speciali, inclusi i livelli di definizione, nonché gli elementi necessari alla specifica dei requisiti di produzione, gestione e trasmissione dei contenuti informativi, connessi agli obiettivi decisionali e gestionali. In sede di consultazione pubblica propedeutica all'adozione del d.m. n. 560 del 2017, era emersa l'esigenza che il modello fosse concepito avendo riguardo anche al periodo successivo alla realizzazione dell'opera. L'intento divisato si prefiggeva lo scopo di consentire alla gestione e alla manutenzione di transitare per il capitolato, onde poter evolvere in maniera flessibile, interoperabile ed integrata, dispiegando effetti non soltanto sulle attività di progettazione, ma anche sulla fruizione del bene in termini di *Building Management System* (es. EN 152532), coinvolgendo subappaltatori e fornitori, oltre l'utente finale. In realtà l'auspicio è stato raccolto solo in parte in sede di approvazione del decreto ministeriale, probabilmente senza porre adeguata attenzione alle plurime esternalità positive derivanti dall'attrazione obbligatoria della catena di fornitura nello schema contrattuale originario.

Nella considerazione che i requisiti informativi precedono la fase progettuale, per percolare nella gestione e nell'esercizio, il Capitolato informativo dovrebbe essere strettamente legato al Documento di indirizzo preliminare (già Documento preliminare di progettazione) oltre ad essere concepito in maniera analogica.

In ultima analisi, il Capitolato informativo si propone strategicamente come strumento con cui il committente indica ai fornitori le proprie necessità in tema di modellazione informativa, al precipuo scopo di assumere le funzioni di *driver* dei flussi informativi nel contesto della *supply chain*. L'implementazione dell'impostazione gestionale basata sulla digitalizzazione passa attraverso la formulazione in termini computazionali dei Requisiti informativi, superando le incertezze che attualmente pervadono la redazione del Capitolato informativo, cui va riconosciuta la necessaria centralità nell'assetto della definizione contrattuale che, spingendosi oltre al rapporto con il prestatore dei servizi di progettazione, guarda ed involge anche le attività che saranno chiamate a realizzare la catena dei fornitori e l'impresa esecutrice dei lavori³⁴.

4. *L'attività contrattuale dei committenti pubblici al tempo della digitalizzazione dei processi costruttivi, tra fonti e metodo*

Dall'itinerario argomentativo sin qui tracciato traspare l'intreccio ermeneutico che promana dall'applicazione della digitalizzazione ai processi costruttivi,

³⁴ Si veda anche A.L.C. CIRIBINI, *Dirigere i lavori e i cantieri nella Età della Digitalizzazione*, in *www.ingegno-web.it*, 21 gennaio 2018; F. BIASIOLI, *BIM e cantiere*, *ivi*, 25 gennaio 2018.

con esiti che, abbracciando in maniera totalizzante e pervasiva l'assetto di ruoli ed attribuzioni in cui si esprime l'architettura contrattuale di settore, reclama un ripensamento che tocca anche la sostanza di istituti e categorie operanti in tali vicende. Come si è avuto modo di chiarire, aderendo alla prassi internazionale, l'impianto del d.m. n. 560 del 2017 poggia la propria dimensione, strutturale e funzionale, sul rapporto instaurato tra Capitolato informativo e Piano di Gestione informativa che, siccome operanti nell'Ambiente condivisione dati, consente ai flussi informativi di filtrare lungo il perimetro contrattuale in cui si articola la filiera decisionale del comparto delle costruzioni. In estrema sintesi, le dinamiche relative alle procedure competitive per l'affidamento di servizi o lavori su base BIM fondano, nella fase preliminare, sul Capitolato e l'Offerta per la gestione informativa, confluendo successivamente, a seguito dell'aggiudicazione, nel Piano di gestione informativa che, come definito dal d.m. n. 560 del 2017, investe la catena di fornitura dell'aggiudicatario, cui viene richiesto di concorrere al perfezionamento contrattuale dei contenuti informativi. Dunque, il Piano di gestione informativa, in quanto parte integrante del contratto, incarna lo strumento alla stregua del quale dovrà essere verificato l'esatto adempimento della prestazione dedotta nel vincolo obbligatorio. Del pari, l'elaborato progettuale in formato digitale, una volta ultimato, conterrà le informazioni necessarie per lo sviluppo costruttivo ed il programma manutentivo dell'opera da realizzare.

Così riassunte le coordinate della genesi contrattuale nella cornice computazionale, non può sottacersi come lo sfondo speculativo in cui alligna la cultura giuridica al cospetto della valenza innovativa della modellazione parametrica si mostri pervaso da una certa pigrizia intellettuale, una sorta di torpore mentale alla cui sedimentazione contribuisce anche la centralità gestaltica del linguaggio algoritmico in grado di simulare la variabilità dimensionale, siccome originato dalla relazione euritea³⁵ tra figura, geometria e numero³⁶. Sicché, invece che di grande trasformazione, più correttamente sembrerebbe opportuno parlare di lenta transizione verso l'interiorizzazione sistemica della digitalizzazione dei processi decisionali relativi al comparto delle costruzioni³⁷. Tale riflessione trova conforto nel grado di interesse che la scienza giuridica italiana ha mostrato, almeno sino a tempi recenti, nei riguardi della modellazione parametrica e dei suoi sviluppi. La questione è dunque culturale ed investe l'impresa ed i processi produttivi, la p.a. ed il suo assetto organizzativo, ma si incentra anche sul rapporto tra innovazione tecnologica basata sulla digitalizzazione ed archetipi civilistici, così come consegnati dalla tradizione³⁸.

³⁵ M. VEGETTI, *La filosofia della natura nel V secolo*, in L. GEYMONAT, *Storia del pensiero scientifico e filosofico*², 1, Milano, 1973, p. 81 ss.

³⁶ C. LANGELLA, D. SCODELLER e V. DAL BUONO, *Design parametrico e generativo: nuove prospettive di ricerca*, in *MD Journal*, 2017, 3, pp. 6-11.

³⁷ K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it. di R. VIGEVANI, Torino, 2000, p. 61 ss.

³⁸ Ponendosi il problema delle lacune ordinamentali. Cfr. N. BOBBIO, v. *Lacune del diritto*, in

L'analisi appena condotta evidenzia come il d.m. n. 560 del 2017, non presti specifica attenzione ai risvolti contrattuali né ai passaggi endoprocedimentali e processuali che ne accompagnano l'adozione, anche se le questioni ivi attratte, come attestano i contenziosi già disseminati, costituiscono gli aspetti più controversi della modellazione digitale della domanda pubblica.

È noto che le caratteristiche, commerciali e contrattuali, della rete di progettazione rappresentano un'unicità nel settore dell'ambiente costruito che si confronta con il carattere esclusivo, e nel contempo innovativo, di ciascun progetto e dei processi, funzioni e risultati su misura che ne conseguono, i cui vincoli rendono particolarmente impegnativa l'adozione della modellazione informativa³⁹. L'implementazione del BIM richiede un'integrazione contrattuale mediante un *addendum* o un protocollo, in cui viene reso vincolante per le parti contraenti, con le implicazioni che derivano in termini di obbligazioni e responsabilità⁴⁰. Tuttavia, non può negarsi che l'approccio conoscitivo al tema è riconducibile essenzialmente al comparto delle costruzioni ed è dunque opera di studiosi ed esperti delle scienze tecniche⁴¹, con una nutrita componente attenta al mondo

Noviss. dig. it., IX, Torino, 1963, p. 419 ss.; M. CORSALE, v. *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 271; R. GUASTINI, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale italiana del diritto del primo novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, 6, p. 511 ss.; ID., v. *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, X, Torino, 1994, p. 12; ID., *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, p. 291 ss.; P. PERLINGIERI, *Dialogando con due filosofi, ermeni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 671 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 317 ss.; F. PEDRINI, *Introduzione. Scienza giuridica e legalità costituzionale: vademecum metodologico per un "ritorno al diritto"*, in F. PEDRINI e P. PERLINGIERI, *Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, p. 1127 ss., dove evidenzia che «l'infedeltà punto di partenza di questo impegnativo itinerario concettuale è la priorità della concreta esperienza storica e assiologica della compagine sociale e del relativo ordinamento rispetto alla costruzione ideale dei concetti giuridici, a partire da quello cruciale di 'Costituzione'»; P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, *passim*.

³⁹ N. M. POST, *BIM Lawsuit Offers Cautionary Tale. Insurance settlement related to a building information model shows that BIM without communication can be costly*, in *Engineering News-Record*, 19th May 2011.

⁴⁰ La prassi contrattuale anglofona ha sviluppato diversi schemi: *ConsensusDocs 301 Building Information Modelling (BIM) Addendum*, in www.smacna.org; 30 giugno 2008; *Construction Industry Council, Building information model (BIM) protocol (1st edition 2003) e (2nd edition 2018)*, London, in cic.org.uk, 2018; *ALA Digital Practice Documents* disponibili su www.atacontracts.org. Sul tema, cfr. H.W. ASHCRAFT JR., *Building Information Modeling: a framework for collaboration*, in *Construction lawyer*, 28, 1, 2008, p. 5 ss.; J.M. DOUGHERTY, *Claims, disputes and litigation involving BIM*, London-New York, 2015, pp. 63-102; K. ESCHENBRUCH, *Projektmanagement und Projektsteuerung: für die Immobilien- und Bauwirtschaft*, Köln, 2015, pp. 128-142; R. H. LOWE e J. M. MUNCEY, *ConsensusDOCS 301 BIM Addendum*, in *Construction lawyer*, 29, 1, 2009, p. 1 ss.

⁴¹ L'aspetto è sottolineato da A.L.C. CIRIBINI, *Legal Bim*, in www.ingegno-web.it, 7 maggio 2016, secondo il quale Howard Ashcraft, Klaus Eschenbruch, David Mosey, Xavier Pican, sono i mag-

dell'informatica, certamente eminenti nel loro campo di indagine, ma essenzialmente prestati alle scienze giuridiche⁴². Occorre, inoltre, responsabilmente prendere atto che gli sporadici contributi rinvenibili in tale spettro di indagine sono per lo più di matrice pubblicistica⁴³, restando l'argomento in larga parte ignorato dalla letteratura civilistica domestica, nonostante il diffuso convincimento della revisione imposta dalla modellazione digitale alle elaborazioni formulate in ordine agli istituti privatistici incardinati nell'operatività di settore ed alle connesse categorie di riferimento.

5. Segue. *L'obbligazione come rapporto di cooperazione. Riverberi sul diritto del debitore all'esecuzione della prestazione*

Non può dubitarsi come la prassi contrattuale invalsa nel contesto della domanda pubblica, con specifico riguardo alla maturazione dei requisiti di qualificazione tecnica, economica ed organizzativa, cui si opera riferimento a partire dall'art. 8 della c.d. legge Merloni per arrivare agli artt. 83-84 del d.lgs. n. 50 del 2016⁴⁴, abbia dato corso a rinnovati approfondimenti sull'interesse debitorio

giori studiosi che hanno approfondito il tema della modellazione e della gestione informativa, rispetto al quale inizia timidamente a delinearsi una letteratura sul contenzioso digitale, con riguardo alla tutela della proprietà intellettuale e alla definizione delle responsabilità professionali, e che interessa in via principale la nozione di collaborazione.

⁴² Cfr. G.M. DI GIUDA, *BIM e teoria dei contratti*, in Università degli Studi di Milano, Politecnico di Milano, Università degli Studi di Brescia, Legal BIM. *Modellazione informativa e nuovi modelli contrattuali*, Milano, 5 dicembre 2016; ID., *Il Building Information Modeling: nuove relazioni e nuovi modelli contrattuali*, in AA. VV., *Innovare per progettare il futuro. Primo Libro Bianco sul Building Information Modeling*, a cura di Italferr-Gruppo ferrovie dello Stato Italiane, cit., pp. 33-37.

⁴³ Cfr. S. VALAGUZZA, *Principi dei contratti pubblici e la modellazione informativa*, in Università degli Studi di Milano, Politecnico di Milano, Università degli Studi di Brescia, Legal BIM. *Modellazione informativa e nuovi modelli contrattuali*, Milano, 5 dicembre 2016.

⁴⁴ Cons. stato, ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, in *Urb. app.*, 2016, 1, p. 88, con commento di A. GIACALONE, *Fase di esecuzione e onere di continuità del possesso dei requisiti*, secondo cui il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la p.a.; Cons. stato, sez. V, 29 febbraio 2016, n. 813, in *App. contr.*, 11 marzo 2016 e in *Giur. it.*, 2016, 11, p. 2479, con commento di G.D. COMPORTELLI, *Appalti pubblici. Il giudice amministrativo alla prova delle dinamiche di mercato nelle gare pubbliche*. Da ultimo Cons. stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036, in *App. contr.*, 13 luglio 2018, con commento di G. ZURLO, *Necessaria la corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione del contratto pubblico*.

all'adempimento che, trascendendo l'aspettativa originata sul versante creditorio, appuntano l'attenzione sul diritto all'effettiva esecuzione della prestazione da parte dell'affidatario della commessa, secondo quanto previsto dal capitolato tecnico e prestazionale⁴⁵. Nella direzione appena indicata milita anche l'art. 80, co. 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016⁴⁶, nella parte in cui, in relazione alle procedure di scelta dell'aggiudicatario, pone riguardo ai vizi nell'esecuzione di un precedente contratto che, se derivanti da un grave illecito o in quanto sintomatici di persistenti carenze professionali, rilevano in termini di esclusione dalla gara⁴⁷. Peraltro, l'inquadramento offerto risulta avallato dalla intervenuta valorizzazione giurisprudenziale della lesione della possibilità di incrementare l'avviamento relativo al *curriculum* professionale dell'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto, in una cornice interpretativa che muove anche al di là del consolidamento dei requisiti di qualificazione e partecipazione ad ulteriori procedure competitive⁴⁸. Pur emergendo eziologicamente in relazione alla qualità di impresa operante nel settore degli appalti pubblici e, nello specifico col fatto stesso dell'esecuzione della commessa⁴⁹, il pregiudizio che ne deriva, in quanto involgente la lesione dell'immagine e del prestigio professionale, si appalesa come autonoma fonte di risarcimento, prescindendo sia dal lucro cessante che dall'effettivo incremento dei requisiti di qualificazione utili alla partecipazione ad altri bandi di evidenza pubblica. Nella diversa visuale che si è da ultimo declinata, risulta in ogni caso avvalorata l'argomentazione secondo cui l'esecuzione in concreto delle attività commissionate dalla stazione appaltante è fonte per l'affidatario di un vantaggio economicamente valutabile, in quanto destinato ad incrementarne la competitività sul mercato e, quindi, le possibilità di aggiudicazione di future commesse⁵⁰. In quanto espressione di regole preordinate alla definizione dei livelli di idoneità di potenziali concorrenti e, quindi, strumento a presidio del miglioramento delle dinamiche concorrenziali, la qualificazione del contraente, oggetto di minuziosa disciplina nel contesto dei lavori pubblici,

⁴⁵ Sul tema, cfr. A. LAMORGESE, *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la Pubblica Amministrazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, p. 642.

⁴⁶ Su cui cfr. G. SAPORITO, *Appalti, confini ancora labili per gli illeciti professionali*, in *Quotidiano del diritto*, 17 agosto 2018.

⁴⁷ ANAC, del. 11 ottobre 2017, n. 1008, *Linee guida n. 6, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»*.

⁴⁸ Tar Lazio, Roma, 7 marzo 2016, n. 2966, in *Quotidiano giuridico*, 24 marzo 2016, con commento di A. UBALDI, *Impresa illegittimamente esclusa: il danno curriculare*.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681; ID., sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253; ID., sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20; ID., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; ID., sez. V, 23 luglio 2009, n. 4594; ID., sez. V, 12 febbraio 2008, n. 491; ID., sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3723.

⁵⁰ A. UBALDI, *loc. ult. cit.*

assume la medesima rilevanza anche per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria, rispetto ai quali il d.lgs. n. 50 del 2016, nel solco del codice dei contratti pubblici previgente, ancorché in maniera sparsa ed episodica, dedica un'articolata sistemazione che, tuttavia, mostra carenze proprio nella definizione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa rilevanti nelle procedure di affidamento dei servizi tecnici⁵¹.

La riflessione così avanzata, introducendo al profilo più generale delle obbligazioni e dei contratti, persuade a rimarcare come l'attuazione del rapporto obbligatorio si realizzi mediante il concorso armonico, seppur diversificato, in relazione alle caratteristiche della singola prestazione dedotta e dell'assetto di interessi che in concreto si dipana, di tutte le posizioni che ne risultano coinvolte⁵². Si presenta affetta da una distorsione dogmatica l'immagine che ritrae incontaminata una situazione soggettiva attiva meccanicamente contrapposta ad altra esclusivamente passiva che, vedendo nel creditore l'unico *dominus* delle vicende che permeano il soddisfacimento dell'interesse che origina l'obbligazione⁵³,

⁵¹ La lacuna, certamente vistosa, è stata in ogni caso colmata dall'ANAC con apposite Linee guida recanti minuziose indicazioni in argomento (ANAC, del. 14 settembre 2016, n. 973, e ss.mm. ii.). Da ultimo, ANAC, *Nota illustrativa a del. 31 luglio 2018, n. 723, avente ad oggetto Bando n. 3, Disciplinare di gara per l'affidamento con procedura aperta di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore a € 100.000 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*, in *Gazzetta Ufficiale*, 11 agosto 2018, n. 186, p. 21 ss.

⁵² L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. L'attuazione*, III, Milano, 1946, p. 863; A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 8 ss.; F.U. DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni, Parte generale*, Milano, 1950, p. 11 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 244 ss. Riguardo alla definizione di rapporto obbligatorio si rinvia all'analisi di S. PUGLIATTI, *Gli istituti di diritto civile*, Milano, 1943, p. 253 ss.; ID., *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in ID., *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica (Saggi)*, Milano, 1951, p. 396 ss.; A. BUTERA, *Il codice civile italiano, Libro delle obbligazioni*, I, Torino, 1943, *passim*; G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, p. 13 ss.; M. GIORGIANNI, v. *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 581 ss.; ID., v. *Inadempimento*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 861 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 97 ss.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 9, 1, Torino, 1999, p. 35 ss.; A. CHIANALE, v. *Obbligazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 338 ss.; P. PERLINGIERI e L. FERRONI, *Situazioni di credito e di debito*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*⁸, Napoli, 2017, p. 272 ss. In una prospettiva storica, cfr. C.A. CANNATA, v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 407 ss. e la bibliografia ivi richiamata. Per alcuna dottrina dei primi del novecento, cfr. G. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, I, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da P. FIORE e continuato da B. BRUGI, 10, *Delle obbligazioni*, Napoli-Torino, 1924, *passim*; ID., *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, *ivi*, Napoli-Torino, 1925, *passim*; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, II, Messina, 1939, pp. 1-48; R. DE RUGGIERO e F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*⁸, II, Milano-Messina, 1954, p. 60 ss.

⁵³ Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, III, Milano, 1959, p. 41; P. TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 345, secondo cui «il buon fine del programma contrattuale richiede normalmente anche qualche cooperazione del creditore»; A. CHECCHINI, v. *Prestazione (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.

ometta di cogliere la ricchezza ermeneutica, espressiva anche di valori e principi, del risultato in concreto perseguito, siccome negozialmente avvinto e costituzionalmente presidiato⁵⁴. Oltre all'esatto adempimento del debitore, l'attuazione del rapporto obbligatorio è rimessa ad un'attività di cooperazione che il creditore pone in essere nell'obiettivo di vedere assicurata la propria pretesa, ma anche di consentire la liberazione del soggetto obbligato⁵⁵ e, laddove assume rilievo, in relazione alla possibilità di configurare un interesse debitorio giuridicamente protetto ultroneo rispetto alla trama obbligatoria, di consentire l'esecuzione della prestazione, essendo riconosciuto, in siffatte circostanze, un diritto del debitore ad adempiere⁵⁶. Un approccio che non riconosca la vitalità ermeneutica del caso concreto, al quale sfugga la dimensione cooperativa in cui si struttura il rapporto obbligatorio, si mostra ignaro del mutamento intervenuto nel regolamento normativo in cui si articola l'obbligazione, siccome pervaso dal dovere di solidarietà posto a fondamento dell'attuale sistema ordinamentale⁵⁷, a cagione del quale le relazioni tra le parti vengono intrise di correttezza e buona fede oggettiva, la cui violazione costituisce autonoma voce di risarcimento del danno⁵⁸.

Che la struttura del rapporto obbligatorio fosse permeata di un dovere di

⁵⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*⁵, II, cit., p. 860, secondo cui «l'obbligazione non si identifica nel diritto o nei diritti del creditore; essa si configura come un rapporto di cooperazione. Ciò implica un mutamento radicale della prospettiva dalla quale leggere la disciplina delle obbligazioni: quest'ultima non è da considerare lo statuto del creditore; la cooperazione sostituisce la subordinazione e il creditore diventa titolare di obblighi generici o specifici di cooperazione all'adempimento del debitore».

⁵⁵ F.D. BUSNELLI, *Il comportamento del creditore*, in L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 70 ss.; C. ROSSELLO, *Cooperazione del creditore all'adempimento, doveri di correttezza e rischio contrattuale*, cit., c. 373 ss.; N. DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 203 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 356 ss.; ID., *Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993, p. 4 ss.

⁵⁶ F. BOCCHINI, *Estinzione del rapporto obbligatorio. Adempimento*, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*⁷, Torino, 2018, p. 687.

⁵⁷ P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, I, p. 84 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., p. 239 ss. e spec. pp. 266-267; ID., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, *ivi*, p. 314; ID., *L'informazione e il contratto*, *ivi*, p. 375; ID., *Economia in bilico tra pubblico e privato: una formula in crisi*, *ivi*, p. 231; ID., *Il nuovo diritto dei contratti tra persona e mercato*, *ivi*, p. 475 ss.; ID., *Persona, ambiente e sviluppo*, in *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, a cura di, M. PENNASILICO, Napoli, 2016, p. 336, secondo cui «il principio di solidarietà non è una superfetazione, ma è un principio fondamentale del sistema al quale la buona fede, in funzione di giustizia contrattuale, deve ispirarsi». Sul tema, G. CAPOGRASSI, *Considerazioni sullo Stato*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, I, *Dottrine filosofiche e generali del diritto*, Padova, 1958, p. 3 ss.; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 345 ss.; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, p. 250 ss.

⁵⁸ P. PERLINGIERI e L. FERRONI, *Situazioni di credito e di debito*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*⁸, cit., p. 307; F. BOCCHINI, *Estinzione del rapporto obbligatorio. Adempimento*, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*⁷, cit., p. 735.

collaborazione del creditore all'adempimento della prestazione è un'intuizione variamente rintracciabile nell'opera bettiana sin dai primi anni che seguono il secondo conflitto mondiale, in una ricostruzione, non esente da critiche dalla dottrina del tempo⁵⁹, che pone la cooperazione, siccome avvinta dalla buona fede, al centro dello sviluppo delle dinamiche in cui si spiegano le relazioni tra creditore e debitore⁶⁰. Nondimeno, il pensiero del Maestro camerte, ancorché pervaso da una concezione storica del diritto delle obbligazioni, risentiva ancora dell'impronta corporativistica e produttivistica, sicché la solidarietà che permeava la ricostruzione elaborata non riusciva a cogliere la versatilità di significati valoriali in cui si esprimeva l'ancor giovane dettato costituzionale⁶¹. Negli anni che seguirono, è stato compito della civilistica più attenta realizzare una rilettura assiologicamente orientata del diritto civile, nella direzione di una depatrimonializzazione di istituti ritenuti refrattari ai principi espressi dalla Carta costituzionale, consentendo l'emersione, anche in tale ambito applicativo, di una prospettiva personalistica e solidaristica⁶².

Operate queste considerazioni introduttive, dall'inquadramento complessivamente delineato nel corso del presente lavoro appare chiaro come la collaborazione e l'interoperabilità imposta dalla modellazione digitale richiedano una notazione che, muovendo dal dettato costituzionale e passando per l'art. 1206 c.c., si concentri sul compimento ad opera del creditore di quanto necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione⁶³, incardinato in una

⁵⁹ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 2011, p. 46 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. La struttura*, I, Milano, 1948, p. 64 ss.

⁶⁰ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, *passim* ed in particolare p. 1 ss., dove afferma «noi vedremo come l'idea della cooperazione sia il filo conduttore che serve a orientare il giurista attraverso le massime questioni del diritto delle obbligazioni», e p. 61 ss.

⁶¹ Così P. PERLINGIERI, *Relazione di sintesi*, in ADP, *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Camerino, 5-8 settembre 2018.

⁶² P. PERLINGIERI, «Depatrimonializzazione» e diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1983, I, p. 1 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, cit., p. 175 ss.; ID., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 405 ss.; ID., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 164 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (1969), Ristampa Integrata, Milano, 2004, pp. 127-130; F. GALGANO, *Il diritto privato tra codice e costituzione*², Bologna, 1988, pp. 59-84; C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in ID., *Diritti fondamentali e categorie generali*, Milano, 1993, p. 671; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 181; V. SCALISI, *Il diritto civile nelle «prolusioni» del secondo Novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 501 ss., spec. p. 521. Sul tema, L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato. Atti del Convegno. Palermo, 7-8 luglio 2006*, Milano, 2008, *passim*.

⁶³ G. GIACOBBE, v. *Mora del creditore (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 952 ss.; C. ROSSELLO, *Cooperazione del creditore all'adempimento, doveri di correttezza e rischio contrattuale*, cit., p. 378, secondo cui «resta comunque un dato di fatto inequivoco la tendenza a legare il tema della

cornice contrattuale espressiva di utilità sociale, in cui viene racchiuso l'assetto di interessi, permeato di rilevanza pubblica, del risultato programmato. Nella prospettiva appena indicata, merita revisione quell'insegnamento risalente che, nel contesto dell'appalto di opere pubbliche, individua la consegna dei lavori da parte dell'amministrazione all'appaltatore quale atto di cooperazione in senso proprio, in termini di concorso preliminare all'adempimento⁶⁴, tralasciando di considerare l'importanza dell'obbligo posto in capo al committente di assicurare all'affidatario, per l'intera durata del rapporto, la giuridica possibilità di eseguire i lavori commissionati⁶⁵. In questa direzione milita, invece, l'indirizzo espresso dalla Suprema Corte che, proprio richiamando il contenuto dell'art. 1206 c.c., letto alla luce dei principi di correttezza e buona fede oggettiva, ha ravvisato l'esistenza in capo all'amministrazione di un dovere di cooperazione all'adempimento dell'appaltatore, attraverso il compimento di quelle attività necessarie affinché quest'ultimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio, di talché la mancata consegna da parte del committente pubblico delle varianti in corso d'opera, rese necessarie da sopravvenute prescrizioni di legge, configura un'ipotesi di impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore, il quale risponde delle conseguenze dell'omessa cooperazione necessaria all'adempimento⁶⁶.

Nel solco interpretativo argomentato, che non si presenta affatto immune da considerazioni da cui emerge la forza ermeneutica dell'utilità economico-so-

cooperazione del creditore a quello della *mora accipiendi*, ancorandolo normativamente alla previsione di cui all'art. 1206 c.c.».

⁶⁴ Cass. civ., 29 aprile 2006, n. 10052, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1 ss. con commento di D. CHINDEMI, *Obbligo di collaborazione della Pubblica Amministrazione nell'appalto pubblico*; G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di, A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1973, p. 16; C. PIACENTINI e L. DONADEO, *L'appalto pubblico di lavori*, Torino, 2004, p. 182. In argomento, cfr. A. VITALE, *Appalti. Commentario alle norme che regolano l'esecuzione delle opere pubbliche*, Padova, 1938, p. 102.

⁶⁵ Ciò in quanto il rischio del compimento dell'opera, assunto dall'appaltatore a norma dell'art. 1655 c.c., contempla, in difetto di patto specifico, esclusivamente l'esecuzione dell'opera a regola d'arte (in maniera risalente, Cass., 25 febbraio 1971, n. 491, in *Giur. it.*, 1971, I, c. 962 ss.). In materia, cfr. G. ALBANESE e R. GRACILI, *L'appalto-concorso di opere pubbliche: una procedura da rivalutare*, in *Riv. giur. ed.*, 1987, II, p. 13; M. BERTOLISSI, *La revisione dei prezzi nell'appalto di opere pubbliche (l'Adunanza plenaria riafferma la giurisdizione del giudice amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 588; P. CARBONE, *Associazioni temporanee di imprese e consorzi nell'appalto di opere pubbliche*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 75 ss.; G. CORREALE, *Aggiudicazione di appalto di opere pubbliche e richiesta di sospensione giurisdizionale*, in *Nuova rass.*, 1985, p. 722.

⁶⁶ Cass. civ., sez. I, 29 aprile 2006, n. 10052, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1 ss. con commento di D. CHINDEMI, *Obbligo di collaborazione della Pubblica Amministrazione nell'appalto pubblico*; in *Urb. app.*, 2006, 7, p. 824; in *Giur. it.*, 2006, 12, p. 2259; in *Boll. leg. tecnica*, 2006, 7-8, p. 655; in *Impresa*, 2006, 7-8, p. 1179. In senso conforme, Cass. civ., sez. I, 5 giugno 2014, n. 12698, in *Ced Cassazione*, 2014; ID., sez. II, 22 novembre 2013, n. 26260, in *Ced Cassazione*, 2013.

ziale del risultato predeterminato dal contratto di appalto pubblico di lavori e servizi⁶⁷, affiora come l'interoperabilità e la collaborazione derivanti dalla modellazione informativa suggeriscano una visione più attenta al profilo partecipativo attivo nell'esecuzione della prestazione come nella formazione del vincolo genetico, in cui si accentuano i doveri di correttezza e buona fede delle parti coinvolte e le annesse responsabilità, in una prospettiva di superamento dell'astratta assimilazione della buona fede con l'esclusivo interesse di cui è portatore l'apparato con il quale si esprime la p.a.⁶⁸, non sempre coincidente con la dimensione assiologica costituzionale in cui si riconosce la comunità, e non sempre conforme alla ragionevolezza del sistema ordinamentale⁶⁹. Se è vero che la rile-

⁶⁷ Costituisce conferma della lettura costituzionalmente orientata dell'appalto pubblico, l'art. 30, co.1, cod. contr. pubb., come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, rubricato «Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni». In materia, cfr. G. BENEDETTI, *Negoziato giuridico e iniziativa economica privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Atti del congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia, 23-26 giugno 1989*, Padova, 1991, p. 316 ss., secondo il quale l'atto di autonomia privata sarebbe oggetto di diretta previsione e tutela nella Costituzione, avvertendo la necessità di una rilettura in chiave costituzionale del negozio giuridico.

⁶⁸ Su cui F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, pp. 39 ss. e 44 ss.; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, p. 23 ss.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, p. 271 ss.; E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2001, p. 326; L. FRANZESE, *L'autoamministrazione come superamento di privato e pubblico*, in appendice a ID., *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario?*, Padova, 2001, p. 223 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 661 ss.; F. ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, autoreponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbl. contr.*, 2005, p. 110; S. POLIDORI, *Appalti pubblici, scelta del contraente e tutela della concorrenza*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di, R. DI RAIMO e V. RICCIUTO, Napoli, 2006, p. 295 ss.; V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Trattato CNN*, diretto da, P. PERLINGIERI, IV, 13, Napoli, 2009, p. 115 ss.; C. FRANCHINI, *Diritto pubblico e diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, a cura di, G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO e U. PERFETTI, Napoli, 2010, p. 89 ss.; M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 428 ss.; ID., *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1052 ss.; ID., *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 43 ss.; ID., *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2012, p. 13; ID., *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *Contr.*, 2014, 2, p. 187 ss.; B. MASTROPIETRO, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*, in *www.judicium.it*, 1° ottobre 2012; G. IUDICA, *La buona fede nel contratto di appalto*, in *Jus Civile*, 2017, 2, p. 128 ss.

⁶⁹ P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., p. 3 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 317 ss.; P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta*

vanza pubblica dell'esecuzione del contratto d'appalto insegue due direttive, rappresentate dall'interesse pubblico dell'opera o del servizio, da un lato, e dall'incidenza della disciplina comunitaria sulla concorrenza tra le imprese, dall'altro⁷⁰, l'analisi condotta offre spunti dai quali viene rimarcata l'esigenza di superare schemi utilitaristici ispirati ad un riduzionismo economico, cui pur si è ritenuto informarsi l'attività contrattuale. Gli è che la prospettiva del perseguimento di un'utilità sociale effettiva⁷¹, rappresentata dalla concreta esecuzione della commessa e, dunque, dalla fruizione dell'opera pubblica che ne deriva, trova nelle relazioni cooperative e solidali⁷² gli archetipi che meglio sembrano assicurare meritevolezza di tutela agli atti di autonomia negoziale nella gerarchia assiologica costituzionale, che pone la persona al centro della propria architettura⁷³. Ope-

pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione), in *Quaderni fiorentini*, 47, 2018, p. 11, laddove in particolare evidenzia il risultato definito disarmante «del primato del testo sui fatti di vita ma anche separazione del testo dai fatti di vita»; F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, p. 30; N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 635 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015: ID., *Sul criterio della ragionevolezza*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, a cura di, C. PERLINGIERI e L. RUGGERI, Napoli, 2016, p. 29 ss.

⁷⁰ A. LAMORGESE, *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 642.

⁷¹ E. DURKHEIM, *Regole del metodo sociologico* (1895), Milano, 1979, p. 101 ss.

⁷² P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, cit., p. 328, secondo cui «nel rapporto obbligatorio rileva anche la solidarietà»; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*², II, cit., p. 858, per il quale nella materia delle obbligazioni l'incidenza del dettato costituzionale trova riscontro non soltanto nel contesto delle clausole generali ma, soprattutto, «nella rilettura assiologicamente orientata dell'intera disciplina nella quale consiste il rapporto, ed in particolare nel controllo di meritevolezza sugli assetti di interessi rappresentati dal titolo e nella rilevanza di quest'ultimo nella struttura formale del rapporto»; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 14 e 64; V. RIZZO, *Fonti delle obbligazioni tra tipicità, atipicità e giudizio di meritevolezza*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di, F. RUSCELLO, Napoli, 2008, p. 797 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole di correttezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, I, p. 157 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti del contratto*, (1969), rist. integrata, Milano, 2004, p. 150 ss. In materia, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, 6, Paris, 1931, p. 9 ss.; E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale* (1891), in ID., *Opere Giuridiche*, 2, Roma, 1947, p. 266; E. BETTI, *Sul codice delle obbligazioni*, in *Mon. trib.*, 1939, p. 421 ss.; ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 9 ss. Sul tema, A. SOMMA, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino, 2005, p. 21 ss.

⁷³ P. PERLINGIERI, *Produzione, beni e benessere*, in AA. VV., *Benessere e regole dei rapporti civili: Lo sviluppo oltre la crisi. Atti del 9° Convegno Nazionale SISDiC, In ricordo di Giovanni Gabrielli, 8-9-10 maggio 2014*, Napoli, 2015, p. 509; ID., *Persona, ambiente e sviluppo*, cit., p. 323 ss. ed in particolare pp. 326-327, dove afferma che «non è certo oggi che si scopre che l'autonomia negoziale non ha soltanto limiti esterni, o che la funzione sociale non comporta soltanto limiti esterni alla proprietà. L'utilità sociale e la triade sicurezza-libertà-dignità, cui fa riferimento l'art. 41 cost., non sono limiti esterni all'iniziativa economica privata, ma la conformano, la connotano»; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*², I, cit., p. 129 ss. e pp. 322-346; ID., *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit.,

rando una trasposizione dei principi enunciati sul terreno degli appalti pubblici, l'integrazione contrattuale che scaturisce dai doveri di correttezza e buona fede oggettiva, siccome avvinti dall'utilità sociale che pregna l'operazione economica unitariamente considerata, qualifica in termini di obbligo la cooperazione che il committente pone in essere nell'obiettivo di rendere eseguibile la prestazione, la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale *ex art. 1206 c.c.*, muovendo dal presupposto che l'amministrazione appaltante non possa prolungare a suo piacimento il vincolo con l'appaltatore, pregiudicando l'interesse del debitore a liberarsi. Resta, tuttavia, l'interrogativo circa la possibilità di configurare, seppure in siffatto spettro di operatività, un diritto del debitore all'effettivo adempimento. Sulla questione, evitando di ripercorrere le tappe del tormentato dibattito sulla cooperazione all'adempimento nel contesto del rapporto obbligatorio⁷⁴ ed analizzando, ancorché sommariamente, le implicazioni del tema nel contratto sinallagmatico, preme evidenziare – senza scivolare in tentativi di generalizzazione che non si mostrino attenti alle necessità imposte dal caso concreto – come nel contesto dei contratti della digitalizzazione del processo edilizio pubblico, stante l'utilità sociale dell'opera o del servizio da realizzare, sia ipotizzabile un obbligo di cooperazione del creditore all'adempimento dell'obbligazione, fonte di responsabilità contrattuale⁷⁵, ulteriormente avvalorato dalla possibilità di

p. 395 ss.; ID., *Emilio Betti e l'interpretazione*, (1991), in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi lavori. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2006, p. 441 ss.; ID., *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, (2005), *ivi*, p. 452 ss.; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Milano, 1955, rist. Camerino-Napoli, 1982; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano 1971; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, rist. Camerino-Napoli, 2011.

⁷⁴ Su cui sia consentito di rinviare a R. PICARO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto del creditore*, Napoli, 2012, pp. 11-118.

⁷⁵ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*⁷, VIII, Firenze, 1911, p. 307; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, 1886, p. 362; C. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, s.d. ma 1958, pp. 483-484, il quale afferma «si può parlare di un secondo rapporto obbligatorio di carattere accessorio e che ha per contenuto il dovere del creditore di non rifiutare senza motivo legittimo la sua cooperazione per l'adempimento del debito»; D. RUBINO, *La compravendita*², Milano, 1962, p. 605 ss.; F. CARUSI, v. *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 710 ss., il quale richiama la posizione espressa in merito da Falzea; G. GIACOBBE, v. *Mora del creditore (diritto civile)*, cit., p. 959 ss.; A. RAVAZZONI, v. *Mora del creditore*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 904; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 114 ss.; G. SICCHIERO, v. *Offerta reale e deposito delle cose dovute*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 28, dove si afferma che «il creditore non ha un semplice onere di accettare l'adempimento esatto, come potrebbe essere se le conseguenze del diverso comportamento si limitassero alla liberazione del debitore o all'accollo al creditore stesso del rischio di impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Il creditore ha invece l'obbligo di consentire tale adempimento, che assume concretezza ogni volta che il debitore ne tragga un'utilità». Si veda anche M. COSTANZA, *Cooperazione all'adempimento e colpa*

configurare un interesse giuridicamente protetto all'esecuzione della prestazione da parte del debitore, ultroneo rispetto al dispiegarsi della trama obbligatoria. In questa direzione gli artt. 1206 ss. c.c. sono finalizzati a tutelare il diritto del debitore a liberarsi mediante l'adempimento⁷⁶ ma, in considerazione dei criteri di qualificazione richiesti ai soggetti affidatari a tutela della concorrenza e del mercato, anche ad eseguire in concreto la prestazione commissionata. In ultima analisi, nel contesto degli appalti pubblici, l'utilità sociale dell'opera o del servizio e l'interesse giuridicamente protetto all'adempimento consentono di qualificare la cooperazione del creditore in termini di obbligo⁷⁷. La fondatezza dell'impostazione appena avanzata viene confermata, ancorché argomentando *a contrario*, dalla recente posizione espressa dall'ANAC in sede di aggiornamento delle Linee guida sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, resosi necessario per fornire indicazioni relative all'uso dei metodi e degli

del creditore, nota a Cass., 8 febbraio 1986, n. 809, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1931 ss., in cui sia afferma che «quanto alla qualificazione del dovere di collaborazione in termini di obbligo o di onere, la prima soluzione sembra da preferire».

⁷⁶ Per A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 31 ss. «la posizione del debitore nel rapporto obbligatorio si atteggia dunque sotto il profilo teleologico come interesse a conseguire la liberazione mediante l'adempimento»; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di, A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 44, per il quale «se il creditore deve cooperare – e dalla lettura del codice civile, delle leggi speciali questo lo si desume agevolmente – e non lo fa, allora è inadempiente. Sì che la teoria dell'adempimento non può essere costruita in relazione soltanto al comportamento del debitore; è opportuno che si abbia presente l'obbligo di cooperazione del creditore, l'eventuale suo inadempimento e, conseguentemente, il risarcimento del danno per illecito civile (responsabilità contrattuale)»; L. CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la sfera del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Contr. impr.*, 1998, pp. 563-565; ID., *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore – La causa non imputabile*, in *Tratt. resp. contr.*, diretto da, G. VISINTINI, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 201 ss.; ID., *Inadempimento e mora del debitore*, in *AA. VV. Diritto civile*, III, 1, *Il rapporto obbligatorio*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO e coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, p. 645 ss. *Contra* G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 38; ID., *Della mora del creditore*, cit., pp. 47-48; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 399-400; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 66 ss.; ID., v. *Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 321; ID., v. *Debito e debitore*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1964, p. 200; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da, A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1974, pp. 64-65. Sul tema si veda anche P. RESCIGNO, v. *Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 197. Secondo F. BOCCHINI, *Estinzione del rapporto obbligatorio. Adempimento*, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*⁷, cit., p. 686, «si deve però ritenere che, alla stregua del generale dovere di correttezza che grava sul debitore e sul creditore *ex art.* 1175 nell'attuale significazione di solidarietà, vada riconosciuto un interesse del debitore all'adempimento quando lo stesso si leghi ad un interesse giuridicamente protetto».

⁷⁷ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 69 ss.; G. SICCHIERO, *Offerta reale e deposito delle cose dovute*, cit., p. 28; *contra* G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 47, obietta che da questo generico dovere, coincidente con l'*alterum non laedere*, non si possono far discendere un obbligo specifico e un diritto relativo tra creditore e debitore.

strumenti elettronici di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture nelle fasi di progettazione, costruzione e gestione delle opere, siccome disciplinati dal d.m. n. 560 del 2017⁷⁸. Con profili da cui emergono significative indicazioni sull'incidenza dell'esecuzione in concreto della prestazione ai fini della qualificazione del concorrente nel contesto delle procedure di scelta dell'affidatario del servizio, si chiarisce che, in fase di prima applicazione del citato decreto, le stazioni appaltanti non possano prevedere, tra i requisiti di partecipazione, la dimostrazione di un'esperienza pregressa nell'utilizzo di metodi e strumenti elettronici, dovendosi limitare a richiedere una competenza acquisita esclusivamente mediante la partecipazione a corsi di formazione, evitando, dunque, richieste troppo specifiche o certificazioni particolari in materia di modellazione informativa. Rimane ferma, in ogni caso, la possibilità di valutare l'esperienza maturata in tal senso, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la quale, tuttavia, l'ANAC rimarca la necessità dell'attribuzione di un punteggio limitato⁷⁹.

6. *Segue. Dimensione partecipativa, cooperazione e simmetria informativa accentuata del contratto di appalto pubblico tra strumenti privatistici ed atti autoritativi*

L'incursione sul tema dell'interesse giuridicamente protetto all'adempimento evoca preziosi spunti esegetici che, tuttavia, si spingono oltre i confini del presente lavoro, nutrendosi di valutazioni storiche e dogmatiche correlate e distinte che pervadono i profili ricostruttivi della teoria delle obbligazioni, costringendola a confrontarsi con la ricchezza ermeneutica del continuo concreto mobile dell'esperienza⁸⁰, così garantendo al pensiero giuridico attualità storica e contemporaneità sociale⁸¹. L'indagine, tuttavia, non può mancare di soffermarsi sul formante dell'esperienza, da cui si ricava che l'interoperabilità e la collaborazione insita nella modellazione in formato BIM abbiano ispirato, in quei paesi dove più diffuso è il suo utilizzo, principalmente anglofoni, lo sviluppo di modelli contrat-

⁷⁸ ANAC, *Integrazione Linee guida n. 1. Uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture – Equo Compenso*, cit.

⁷⁹ Sul tema, A. D'ANGELO, *Progettazione Bim, in fase di prima applicazione non servirà l'esperienza*, in *Edilizia e territorio*, 13 luglio 2018; ID., *Servizi di progettazione in Bim, sono richieste competenze ma non esperienze sull'uso degli strumenti*, in *Enti Locali & Pa*, 13 luglio 2018.

⁸⁰ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, ora in ID., *Scritti giuridici*, V (1965-1996), Milano 2011, p. 1130.

⁸¹ E. BETTI, *Categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Le prolusioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli-Roma 2012, p. 2462 ss.; ID., *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften: zugleich ein Beitrag zum Unterschied zwischen Auslegung und Sinngebung*² (1962), Tübingen, 1972, trad. it. con il titolo *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito* di O.N. VENTURA, G. CRIFÒ e G. MURA, Roma, 1987.

tuali multilaterali di tipo collaborativo, meglio noti come *Alliance Contracting*⁸² che, scardinando gli schemi tradizionali basati sulla separazione e sulla contrapposizione, prevedono dettagliate forme congiunte di *governance* basate sull'assunzione di decisioni convergenti nei processi di gestione del programma negoziale e delle relative sopravvenienze⁸³. L'introduzione di nuove metodologie produttive ha trasformato il cantiere di lavoro in un terminale di molteplici attività compiute altrove, seguendo una precisa catena di fornitura, che involge la necessità di apprestare strumenti organizzativi e contrattuali, in grado di assicurare adeguate risposte alle diseconomie prestazionali ed alle annesse dinamiche economico-gestionali. Sicché il progressivo inverarsi dell'impianto giuridico-organizzativo di tipo collaborativo *Alliance*, laddove attrae nello sviluppo contrattuale principale anche la *supply chain*, risponde alla parcellizzazione del rischio e delle responsabilità derivanti dalla intervenuta industrializzazione dei componenti edili e delle tecniche costruttive, proponendosi come assetto rimediabile idoneo a contrastare le aporie derivanti dalla modificazione dell'organizzazione tradizionale del processo edilizio.

Nel ragionare, occorre dar conto che la struttura di *Alliance* propria degli anni '90 del secolo scorso, il cui perno era rappresentato dalla necessità di prevenire il rischio del contenzioso tra le parti, ha lasciato spazio ad un'impostazione relazionale incentrata sulla committenza e sul risultato unitario programmato, dove tuttavia stentano ad affiorare gli elementi di precipua connotazione, e di per sé fondanti, del rapporto tra assetto computazionale ed archetipo giuridico⁸⁴.

⁸² G.M. DI GIUDA, *Il Building Information Modeling: nuove relazioni e nuovi modelli contrattuali*, in AA. VV., *Innovare per progettare il futuro. Primo Libro Bianco sul Building Information Modeling*, a cura di Italferr-Gruppo ferroviario dello Stato Italiane, cit., p. 37; L. HUTCHINSON, *Introduction*, in Robert Breendon Partner, *Alliance Contracting*, in www.kingsfund.org.uk, 27th March 2014; A. PORWAL and K.N. HEWAGEB, *Building Information Modeling (BIM) partnering framework for public construction projects*, in *Automation in construction*, 31, 2013, pp. 202-214

⁸³ Sul tema, H.W. ASHCRAFT JR, *Negotiating an Integrated Project Delivery Agreement*, in *The construction lawyer*, 2011, 31, p. 17 ss.; ID., *The Transformation of Project Delivery*, in *The construction lawyer*, 2014, 34, p. 35 ss.; D. KONDEV, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, West Sussex, 2017, pp. 31-59 e pp. 121-166; M. FISCHER, H. W. ASHCRAFT, D. REED and A. KHANZODE, *Integrating Project Delivery*, Hoboken, 2017, p. 31 ss. Sul tema si G. DE NOVA, «*The Law which governs this Agreement in the Law of the Republic of Italy*»: il contratto alieno (2007), in ID., *Il contratto alieno*, Torino, 2008, *passim*; F. VIGLIONE, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Torino, 2011, *passim*.

⁸⁴ P. DAVIS and P. LOVE, *Alliance contracting: adding value through relationship development*, in *Engineering, Construction and Architectural Management*, 2011, 18, 5, pp. 444-461; P. LAHDENPERÄ, *Towards a Coherent Theory of Project Alliances: Discovering the System's Complex Mechanisms Yielding Value for Money*, in *Construction Economics and Building*, 2017, 17, 2, pp. 41-61, secondo cui «Project alliance is a project delivery method (typically) based on a joint contract between the key actors to a project (owner,

Non si sottrae a tali criticità anche il FAC-1 *Framework di Accordo Collaborativo* utilizzabile da committenti pubblici e privati per il conseguimento di collaborazione ed efficienza tra le parti attratte nel rapporto contrattuale, inclusi i membri della filiera, nella prospettiva del superamento della conflittualità insita nei tradizionali schemi negoziali⁸⁵. L'intento divisato da tale modello contrattuale plurilaterale si concentra sulla promozione di forme di collaborazione trasversali, coerenti con le finalità perseguite dalla committenza, improntate alla valorizzazione del coordinamento e all'incremento della responsabilizzazione.

Il documento, cui si è fatto ricorso anche in una recente esperienza nostrana⁸⁶, si concentra sull'assetto funzionale risolutivo di eventuali sopravvenienze incidenti sul risultato contrattualmente programmato, di cui si fornisce, con dovizia di dettagli, una possibile elencazione, nonché strumenti ed attori impiegati nella definizione bonaria e collaborativa delle stesse. In realtà, a parte alcuni generici richiami⁸⁷, dall'analisi dello schema contrattuale principale non pare

designer, constructor), where the parties assume joint responsibility for the design and construction of the project to be implemented through a joint organisation, and where the actors bear both positive and negative risks related to the project jointly and observe the principles of information accessibility and unanimous decision-making in pursuing close collaboration»; ID., *Making sense of the multi-party contractual arrangements of project partnering, project alliancing and integrated project delivery*, in *Construction Management and Economics*, 2012, 30, 1, pp. 57-79; D. AMARAL FERNANDES, A. AGUIAR COSTA and P. LAHDENPERÄ, *Key features of a project alliance and their impact on the success of an apartment renovation: a case study*, in *International Journal of Construction Management*, 14 luglio 2017.

⁸⁵ Il progetto è stato sviluppato dal Centro Interuniversitario di *Construction Law and Management* (CCLM) promosso dall'Università degli Studi di Milano, Politecnico di Milano e Università degli Studi di Brescia, sulla base del modello del *Centre of Construction Law and Dispute Resolution* del *King's College* di Londra. In materia cfr. D. MOSEY, *Enabling BIM Through Procurement and Contracts*, in Università degli Studi di Milano, Politecnico di Milano, Università degli Studi di Brescia, *Legal BIM. Modellazione informativa e nuovi modelli contrattuali*, Milano, 5 dicembre 2016 e S. VALAGUZZA e A.L.C. CIRIBINI, *BIM, the law and alliances in Italy*, in *ICLA Biannual Conference, Improving Value Through Alliances, BIM & Collaborative Contracts, Integrating procurement, digital technology and the law*, London, 1st March 2018. Si veda anche M. RICHARDS, *Building information management: A standard framework and guide to BS 1192*, London, 2010, p. 13 ss.; A. GRILO and R. JARDIM-GONCALVES, *Value proposition on interoperability of BIM and collaborative working environments*, in *Automation in construction*, 19, 2010, pp. 522-530.

⁸⁶ Cfr. lo Schema contrattuale ed il *Framework* dell'Accordo collaborativo relativo all'Appalto di lavori per la costruzione della Scuola Secondaria di primo grado in Via Dante Alighieri-Liscate (MI), in www.unioneaddamartesana.gov.it. Sul tema, M. FRONTERA, *Progettazione, a Liscate la nuova scuola media (finanziata dall'Inail) sarà gestita con il Bim*, in *Edilizia e territorio*, 25 aprile 2016; ID., *Con la scuola di Liscate (in Bim) primo test in Italia sull'«accordo collaborativo»*, *ivi*, 7 maggio 2018; ID., *Nelle gare pubbliche debutta il contratto multilaterale volontario Made in England: cos'è e a cosa serve*, *ibidem*; G. LATOUR, *Liscate sperimenta il bando di progettazione del futuro: spazio al Bim ed ai criteri Anac*, *ivi*, 31 agosto 2016.

⁸⁷ Cfr. le Premesse, lett. l), dello schema di contratto laddove si prevede che «l'appaltatore ha firmato/firmerà l'accordo collaborativo denominato "Framework di Accordo Collaborativo" il cui

evincersi un collegamento vincolante alle previsioni in cui si struttura il FAC-1, non venendo questi annoverato all'art. 1, co. 2, tra i documenti costituenti parte integrante del medesimo; del pari non figura tra gli strumenti finalizzati a promuovere un'interpretazione del contenuto contrattuale conforme a buona fede laddove emergano discordanze con gli allegati (art. 2, co. 1), né tantomeno il contratto multilaterale collaborativo viene indicato, anche solo in via propedeutica e preliminare, nella parte in cui si disciplinano l'accordo bonario e la transazione (art. 21). Peraltro, anche laddove viene imposta la sottoscrizione del FAC-1 all'appaltatore, si precisa che l'adesione dei subappaltatori, sub-contraenti e ausiliari risulta promossa allo scopo di migliorare la collaborazione tra i soggetti coinvolti per la realizzazione dell'opera ma «secondo la insindacabile valutazione del Committente» (art. 5, co. 4, lett. u). Insomma, emerge in maniera nitida l'estraneità del modello collaborativo multilaterale allo sviluppo delle dinamiche contrattuali sottese all'affidamento: un approccio occasionale e per certi versi retorico, avulso rispetto al processo in cui si inverte il contratto che, così, appare scevro da profili di incidenza dell'innesto virtuoso degli strumenti di componimento contemplati dal FAC-1. Ancorché si schiudano orizzonti che indicano un progressivo consolidamento dell'assetto normativo e giurisprudenziale del comparto nella direzione della dimensione collaborativa, a mancare, nei fatti, nel settore dell'edilizia e delle infrastrutture, non è soltanto l'approccio computazionale, ma la stessa cultura della cooperazione, reciproca e convergente, improntata a buona fede e correttezza, delle relazioni funzionali del contratto di appalto pubblico. Sicché, nelle previsioni contrattuali, nel mentre si afferma la responsabilità solidale dei subappaltatori (art. 5, co. 1), cui vengono richiesti i medesimi obblighi di diligenza posti in capo all'appaltatore (art. 5, co. 4, lett. t), affiora una posizione inversa dell'appaltatore rispetto alla dominante figura del committente, in una cornice interpretativa vieppiù marcata laddove solo al primo viene fatto obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede e di collaborazione proattiva (art. 5, co. 3). Uno scenario desolante, dunque, in cui faticano a radicarsi innesti virtuosi, ambasciatori di rinnovati assetti, al cospetto del quale non può non osservarsi la resistenza, a tratti vera riluttanza, da parte della p.a. ad innescare processi che, in aderenza agli esiti delle prassi applicative seguite altrove, pur nel solco dell'impianto codicistico, siano in grado di rimuovere incrostazioni aritmetico-deduttive basate sulla contrapposizione, introducendo moduli lessicali e condotte contrattuali basate su collaborazioni convergenti e, per questa via, condurre al risultato negozialmente programmato⁸⁸. In ultima analisi, se appare chiara la dimensione

schema era allegato alla documentazione di gara, impegnandosi a porre in essere le attività collaborative ivi indicate per la miglior esecuzione dell'Opera».

⁸⁸ È forte in tale direzione il richiamo di P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, cit., p. 15, «Penso al mio vecchio maestro di procedura civile nell'Ateneo fiorenti, Pietro Calamandrei, che, quasi al termine del suo cammino

partecipativa ed unificante del modello importato dall'esperienza anglofona, non sfugge che l'assenza di precisi termini di richiamo riscontrabili nel tessuto contrattuale principale a vincoli tecnico-giuridici che ne impongono l'adozione, finisce per attenuare il carattere espansivo delle previsioni ivi contenute. Si rivela pertanto giustificata la preoccupazione che la prefigurata ed accentuata simmetria informativa, derivante dal comune allignare dei benefici e della sopportazione del rischio, al pari dello scambio informativo ed il governo decisionale affidato ad un comitato, in realtà non siano così agevolmente perseguibili, suscitando perplessità circa l'effettiva capacità di imporre una convenienza collegiale che sia immune da comportamenti unilaterali e pregiudizievoli dei soggetti coinvolti⁸⁹. In verità una certa sensibilità nella direzione della convergenza collaborativa era già presente nella direttiva 2014/24/UE⁹⁰. Ma la prospettiva indicata dalla prassi diffusa in ambito internazionale, spingendosi oltre l'auspicio comunitario, allude ed involge un'impostazione negoziale complessa che, in termini strutturali e funzionali, presenta degli aspetti di significativa originalità e che sembra destinata a permeare il consolidato assetto sinallagmatico proprio dei contratti tradizionali del settore delle costruzioni, pur risultando di difficile importazione nel contesto dei contratti pubblici, in cui, sotto l'aspetto funzionale, prevale una matrice ispirata ad una rigida quanto formalistica contrapposizione, a tratti cristallina nel torvo, piuttosto che al perseguimento del risultato unitario programmato.

L'abbrivio appare ancor più deludente laddove si opera un confronto con gli approdi cui è pervenuta la mistione tra diritto pubblico e diritto privato nell'azione della p.a.⁹¹, siccome assestati e definiti nella recente esperienza giurisprudenziale, laddove si prospetta, pur nella pervasività della legislazione relativa all'attività contrattuale esplicativa dell'interesse pubblico normativamente predeterminedato (gestione del patrimonio pubblico ed assolvimento della funzione amministrativa⁹²), una tendenza che si proietta nella direzione dell'espansione

legalistico, recensendo nel 1942 il volume sulla certezza del diritto del filosofo Flavio Lopez de Oñate, usciva in una affermazione che è sempre stata per me bruciante e sempre l'ho respinta: "I giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia"».

⁸⁹ A.L.C. CIRIBINI, *Il BIM è collaborazione*, cit.

⁹⁰ Cfr. Parlamento e Consiglio Europeo, 26 febbraio 2014, direttiva n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, Considerando 43.

⁹¹ F. CAPPAL, *Le fonti normative dei contratti della pubblica amministrazione: uno sguardo d'insieme*, cit., p. 1138 ss.

⁹² L'indirizzo in dottrina è risalente ad A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 462 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1979, p. 279 ss., il quale riprende e sviluppa la teorica di Ranalletti. In materia cfr. F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, 1900, IV, c. 1 ss.; O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di imperio e di gestione*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, I, p. 703 ss.; G. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, I, p. 169 ss.; ID., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, p. 381 ss.; F. CARNELUTTI, *Contratto e*

degli strumenti privatistici a detrimento degli atti autoritativi, incombando nello svolgersi del rapporto fra provvedimenti amministrativi ed atti negoziali ad essi collegati⁹³. A suggello della prospettiva indicata, si ritiene utile rimarcare come il d.lgs. n. 50 del 2016, abbia innervato nel contesto della contrattualistica pubblica una nuova struttura delle fonti normative, specie sotto l'aspetto funzionale, con una progressiva delegificazione attuata attraverso un meccanismo di *soft law* e di attenuazione del regime di specialità del paradigma negoziale della p.a. Sicché proprio dal contratto di appalto pubblico si origina un terreno di indagine particolarmente fervido, che aiuta a comprendere il complessivo processo di privatizzazione dei contratti della p.a., siccome pervasi da una sottile erosione dei profili

diritto pubblico, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, p. 659 ss.; C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1937; M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, p. 29 ss.; SANIT ROMANO, *Potere e potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 172 ss.; A.M. SANDULLI, *Spunti sui contratti di diritto privato della pubblica Amministrazione* (nota a Cass. civ., Sez. II, 18 luglio 1953, n. 2390), in *Foro it.* 1953, I, c. 1585 ss.; SALV. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 801 ss.; G. ROEHRSEN DI CAMMARATA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1959; M. NIGRO, *L'amministrazione pubblica tra diritto pubblico e diritto privato; a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 457 ss.; P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1345 ss.; F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 279 ss.; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della P.A.*, in *Annali Facoltà di Giurisprudenza*, Genova, 1966, p. 168 ss.; P. VIRGA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1971; F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1469 ss.; ID., v. *Contratto*, V) *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. DI RENZO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano, 1975; S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979; A. SCOGNAMIGLIO, *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 290 ss.; A. CROSETTI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Torino, 1984; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, p. 118; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principale contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, p. 143 ss.; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo i moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 217 ss.; ID., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008; G. PERICU e M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, II, a cura di, L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA, Bologna, 2005, p. 292 ss.; A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto* a cura di V. ROPPO, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 902 ss.; C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei contratti*, diretto da, P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2010; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012.

⁹³ Come rileva S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 741, l'interesse pubblico, in quanto espressione di una collettività nella propria dimensione storica, varia in correlazione con i valori da essa ritenute prevalenti, sicché mutano in corrispondenza le modalità in cui si realizza il suo soddisfacimento. Sul tema, AA.VV., *Diritto amministrativo e strumenti di diritto privato*, *Giornate di studio in onore di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 12-13 maggio 1997, Bologna, 1998; B. CAVALLO, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in *Contr. impr.*, 2006, 2, p. 355 ss.

publicistici che riverbera non soltanto con riguardo all'efficacia e all'esecuzione contrattuale, ma anche nelle fasi di formazione e dichiarazione della volontà come nella scelta del contraente⁹⁴. Nei fatti, l'inquadramento diacronico dell'involversi normativo e giurisprudenziale contemporaneo, così come già diviso dall'elaborazione concettuale realizzata dalla dottrina, sembra convergere verso l'attuazione di un'amministrazione che sia di risultato convergente⁹⁵. Pur senza intaccare i principi di imparzialità e buon andamento che presidono all'evidenza pubblica⁹⁶, la svolta, che è culturale e di politica industriale, sarebbe auspicabile proprio muovendo dalla modellazione e gestione informativa, la quale, introducendo inedite forme di collaborazione in ambito contrattuale, non v'è dubbio che sterilizzerebbe, tra l'altro, anche le mai sopite questioni insorte a margine – ma nemmeno tanto – del codice dei contratti pubblici sui livelli di progettazione e, in particolare, sulla valenza dell'appalto integrato rispetto a quello di sola esecuzione⁹⁷. Nondimeno, è bene precisare che la condivisione dell'ambiente di lavoro imposta dalla digitalizzazione dei processi, se è vero che si propone

⁹⁴ Ricorda P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 224, come «altrettanto significativo [sia] l'uso dello strumento contrattuale da parte delle pubbliche amministrazioni, impegnate più di ieri a misurarsi sulle apparenti antinomiche frontiere della discrezionalità amministrativa e dell'autonomia negoziale e a utilizzare, sia pure a volte sotto forme apparentemente innovative, strumenti di marca civilistica, pur nel rispetto delle loro prerogative specifiche collegate all'interesse pubblico». Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in ID., *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, 2002, p. 385 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; E. FERRARI, *Introduzione*, in E. FERRARI, *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003, p. XXVI; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, p. 16.

⁹⁵ E. PICOZZA, *Genesi e trasformazione del procedimento amministrativo: influenza sulla attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, profili problematici*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di, C. FRANCHINI e F. TEDESCHINI, Torino, 2009, p. 25 ss.

⁹⁶ Cfr. C. ANELLI, *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. Stato*, 1966, p. 333 ss.; L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, p. 205 ss.; C. VARRONE, *L'invalidità del provvedimento amministrativo ed i suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla pubblica amministrazione con l'aggiudicatario*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di, P. STANZIONE e A. SATURNO, Padova, 2006, p. 297 ss.; D. MEMMO, *L'attività contrattuale della P.A. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. 15 del 2005*, in *Contr. impr.*, 2006, 4-5. p. 1175 ss.; G. DORIA, *Mercato ad economia mista e nuovi archetipi contrattuali*, *ivi*, 2007, 1, p. 132 ss.; S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, p. 55 ss.; R. MONTINARO, *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, p. 954; G. PASSAGNOLI, *La nullità speciale del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Contr. impr.*, 2012, 6, p. 1490 ss.; N. SCANNICCHIO, *Appalto e concorrenza tra codice civile e evidenza pubblica*, *ivi*, 2013, 2, p. 647 ss.; F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, p. 89 ss.

⁹⁷ Cfr. ANAC, del. 9 maggio 2018, n. 437, *Livello di progettazione necessario per l'affidamento di una concessione di lavori*. Sul tema, A.L.C. CIRIBINI, *I «limiti» dell'innovazione digitale nelle gare e nei contratti pubblici*, in *www.ingegno-web.it*, 27 febbraio 2018.

come strumento che agevola il flusso di comunicazione tra le parti, laddove non incardinata in una struttura contrattuale adeguata, sarà fonte di asimmetrie informative, con intuibili ripercussioni pregiudizievoli in ordine agli scopi perseguiti dalla modellazione digitale, di cui verrebbero sterilizzati i vantaggi, in particolare sul versante della dimensione collaborativa e partecipativa⁹⁸.

In realtà, pur non disconoscendo le significative novità introdotte dalla prassi anglofona, nel contesto argomentativo appena delineato sembra chiaro che il frequente – ed in qualche modo abusato – ancoraggio al tema, interessante ma scivoloso, dei contratti collaborativi, riveli una certa inconsapevolezza dogmatica delle dinamiche in cui correttezza e buona fede già accompagnino l'attuazione del rapporto obbligatorio nei contratti sinallagmatici, soprattutto con riferimento all'appalto di costruzioni⁹⁹. Come si è evidenziato in precedenza, tali principi, espressione del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 cost., imponendo a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, si appalesano come doveri giuridici autonomi posti a carico di entrambe, prescindendo da specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge, sicché la loro violazione, anche nel contesto dei contratti pubblici, costituisce di per sé inadempimento con l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato¹⁰⁰. La complessità dell'impatto ermeneutico non è sfuggita all'inquadramento che della questione è stato realizzato da parte delle scienze tecniche che, correttamente, oltre a sottolineare la diversità ontologica del cooperare rispetto al collaborare, con nessi che si innestano nei rapporti tra le parti contrattuali, ha rimarcato come la precipua connotazione dei contratti in discorso sia da individuare nel legame inscindibile e congiunto che innerva l'assetto delle responsabilità, dei rischi e delle remunerazioni dell'affidatario e della sua filiera produttiva, sì da far apparire sconveniente l'agire individuale di ciascun soggetto che ne risulti coinvolto¹⁰¹.

⁹⁸ G.M. DI GIUDA, *Il Building Information Modeling: nuove relazioni e nuovi modelli contrattuali*, in AA. VV., *Innovare per progettare il futuro. Primo Libro Bianco sul Building Information Modeling*, a cura di Italferr-Gruppo ferrovie dello Stato Italiane, cit., p. 37 ss.

⁹⁹ Osserva A.L.C. CIRIBINI, *Il BIM è collaborazione*, cit., «pare utile rilevare come, a livello internazionale, non solo domestico, tutte le aspirazioni ai modelli cooperativi, supportati dalla ottimizzazione dei flussi informativi, abbiano sinora incontrato scarsa diffusione e molta ostilità, se non nell'ambito dell'*Oil & Gas* e in quello dei *Mega Project* di *Civil Engineering*, a dispetto di una loro crescente popolarità nella letteratura e nella pubblicistica...».

¹⁰⁰ Così Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Obb. contr.*, 2010, 1, p. 24 ss. con commento di P. DE BIASE, *Fonte di un comportamento dovuto e (mera) qualificazione della fattispecie contrattuale*.

¹⁰¹ A.L.C. CIRIBINI, *Il BIM è collaborazione*, cit. In materia, cfr. F. ROMANO, *Contratto di rete e processo di modernizzazione dell'economia italiana*, in *Notariato*, 2012, 1, p. 74 ss.

7 Segue. *Operazione economica unitaria ed interesse negoziale della catena di fornitura dell'aggiudicatario.*

Gli intrecci esegetici siccome originati dalla tematica trattata introducono elementi di significativa novità nel dibattito incentrato sulle relazioni che si instaurano tra le parti attratte nell'attuazione del rapporto obbligatorio rispetto ai consueti schemi prospettati¹⁰². È avvertito il richiamo ad un ripensamento critico delle categorie che si connettono alle questioni economico-produttive relative ai lavori complessi¹⁰³ e, tra queste, principalmente l'incidenza delle indicazioni ermeneutiche polisense scaturenti dal collegamento negoziale¹⁰⁴ che, mutuando

¹⁰² Sul tema si veda G. COLANGELO, *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, Milano, 2008, p. 153 ss.

¹⁰³ P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 227.

¹⁰⁴ La letteratura sul tema è vastissima e risalente; tra i contributi più significativi in relazione alla tematica trattata cfr. G. De GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1930; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto* (1931), ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 3 ss.; G. FERRI, *Vendita con esclusiva*, in *Dir. e prat. comm.*, 1933, p. 270 ss. e p. 377 ss.; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275; R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1474; G. OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, 1, p. 328; M. VELLANI, *In tema di negozi collegati*, *ivi*, 1951, III, p. 320; C. GRASSETTI, *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, in *Temi*, 1951, p. 154; AR. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 259; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 357; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. giur.*, 1960, p. 273; R. SCOGNAMIGLIO, v. *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 375; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, p. 342; F. MESSINEO, v. *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 48; A. SCOTTI GALLETTA, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. giur.*, 1968, p. 837; M.R. SPALLAROSSA, *Contratti collegati e giudizio di buona fede*, in *Giur. mer.*, 1972, I, p. 149; C. DI NANNI, *I negozi collegati nella recente giurisprudenza (note critiche)*, in *Dir. giur.*, 1976, p. 130; ID., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279; G. CASSISA, *In tema di collegamento tra negozi giuridici*, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1537 ss.; G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 297; F. MACIOCE, *Un interessante caso di collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1586; R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; G. P. CIRILLO, *Sul collegamento funzionale tra contratti*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1459; E. GABRIELLI, *Vendita su documenti, Aliud pro alio, revoca del mandato e collegamento negoziale nella vicenda del credito documentario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, II, p. 160; M. R. MARELLA, *Contratto unitario e collegamento negoziale nella «vendita» di hardware e di software: l'esperienza tedesca*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 81; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 256; S.O. CASCIO e C. ARGIROFFI, v. *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, III, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1991, p. 571 ss.; ID., *I contratti collegati nella giurisprudenza recente*, in

da classificazioni di scuola, si presenta, nell'ipotesi in esame, a carattere volontario, unilaterale¹⁰⁵, genetico e nel contempo funzionale¹⁰⁶. Pur nelle diverse combinazioni, a tale ricostruzione da tempo risalente si opera riferimento in presenza di operazioni complesse, prospettando la stipula di plurimi contratti, coordinati tra loro¹⁰⁷, che vedono, come parti, imprese diverse, ognuna delle quali è chiamata ad eseguire una frazione delle lavorazioni, ma tutte convergenti verso il risultato unitario finale, in cui si incarna l'operazione economica complessiva¹⁰⁸. Nella medesima prospettiva merita un vaglio ermeneutico anche l'ipotesi

Nuova giur. civ. comm., 1998, II, p. 233; ID., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 127; D. CLAPIZ, *Forma dei negozi complementari e collegati*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 739; G. CHINÉ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità ed atipicità*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1095; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; A. IZZO, *Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale, internazionale e di conflitti di legge*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 69; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, p. 187 ss., laddove si sofferma sul contratto con "uguaglianza di intenti" per «distinguere tali contratti non solo da quelli con comunione di scopo, ma anche per differenziarli... dai veri e propri contratti di scambio, in cui gli interessi del contraenti non sono identici, ma..convergenti»; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; A. PALAZZO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale in una recente ricostruzione*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 387 ss.; F. MAISTO, *La logica del collegamento funzionale tra contratti nell'attuale esperienza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 495 ss.; A. ADDANTE, *Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul leasing*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 1038; R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 200; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006; AA.VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007.

¹⁰⁵ Nello specifico, tra affittatario della commessa e singoli prestatori coinvolti nella filiera. Cfr. L. ENNECERUS e H. LEHMANN, *Lehrbuch, des bürgerlichen Rechts*, II, Tübingen, 1954, p. 384, dove si contrappongono i contratti posti in combinazione meramente esteriore (*die nur äusserliche Verbindung*) a quelli di dipendenza unilaterale o bilaterale (*Verbindung mit gegenseitiger oder einseitiger Abhängigkeit*) e a quelli in combinazione alternativa (*alternative Verbindung*). Ulteriori precisazioni sono presenti in C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, *passim*; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., p. 279 ss.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., p. 412 ss.; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., p. 256 e p. 432 ss.; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, cit., p. 342 ss.; C. DE MARI, *Collegamento negoziale materiale e legittimazione all'azione di nullità*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1076.

¹⁰⁶ Cass. civ., sez. III, 12 luglio 2005, n. 14611, in *Giur. it.*, 2006, p. 2065 ss. con commento di E. BATELLI, *Collegamento negoziale tra contratto di agenzia e sublocazione (autonomia delle rispettive discipline dell'indennità di fine rapporto e da avviamento)*; ID., sez. II, 27 marzo 2007, n. 7524, in *Contr.*, 2008, 2, p. 132 ss. con commento di E. BATELLI, *Il collegamento negoziale occasionale*; ID., sez. II, 18 settembre 2012, n. 15640, con commento di F. BARTOLINI, *Collegamento negoziale e interpretazione (soggettiva) del contratto*, in *Contr.*, 2013, 4, p. 339 ss.

¹⁰⁷ Cfr. C. MIRABELLI, *Dei Contratti in generale*, in *Commentario Codice Civile*, Torino, 1980, p. 34; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 368 ss.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, cit., p. 154 ss.

¹⁰⁸ Cfr. G. FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., p. 573; ID., *I contratti collegati: principi della tradizione*

del contratto plurilaterale con e senza comunione di scopo¹⁰⁹, con incursioni sul tema dei contratti plurilaterali di scambio¹¹⁰ e dei contratti di rete¹¹¹, nell'intento speculativo di ricercare elementi su cui poggiare un nesso teleologico che sia in grado di attrarre quel margine addizionale di valore che la prassi del settore delle costruzioni fa emergere dalla logica interdipendente e collaborativa tra le parti

e tendenze innovative, cit., p. 128 ss. Sul tema, S. NARDI, *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?* (Nota a Cass. 28 giugno 2001, n. 8844), in *Giur. it.*, 2002, I, 1, p. 1618 ss.; F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la «sovrapposizione» contrattuale* (commento a Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11240), in *Contr.*, 2004, p. 119 ss.

¹⁰⁹ F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927, p. 67; ID., *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 153; T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 115; ID., *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 265 ss., ora in *Studi in tema di contratti*, cit., p. 158 ss.; *Contra* F. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 450; in replica, T. ASCARELLI, *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 71 ss., ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 177 ss. Sul tema, G. FERRI, v. *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 680; S. MAIORCA, v. *Contratto plurilaterale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, pp. 2-3; A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 694 ss.; ID., v. *Contratto plurilaterale*, in *Digesto disc. prin. sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 270 ss.; E. DEL PRATO, *L'ente privato come atto di autonomia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 4, p. 459; G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999, p. 30 e p. 950; ID., *Coordinamento e contratto plurilaterale*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di, P. IAMICELI, Torino, 2009, p. 107 ss.; F. VALENZA, *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, Torino, 2005, pp. 1-3 e pp. 251-282.

¹¹⁰ P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 393; V. BARBA, *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003, p. 193 ss.; ID., *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 4, p. 531 ss.; G. VILLA, *Rete di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, p. 952; F. VALENZA, *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, cit., p. 276.

¹¹¹ Su cui, in maniera specifica, A. LOPES, F. MACARIO e P. MASTROBERARDINO, *Introduzione*, in AA. VV., *Reti di imprese. Scenari economici e giuridici*, a cura di, A. LOPES, F. MACARIO e P. MASTROBERARDINO, Torino, 2007, p. XIII ss.; C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività di impresa*, Napoli, 2008, p. 213 ss.; C. GRANELLI, *In margine alla ricerca della "Fondazione Bruno Visentini" sulle prassi applicative del contratto di rete*, in G. D'AMICO e F. MACARIO, *Contratti di rete: prime applicazioni pratiche*, in *Contr.*, 2009, p. 934 ss.; M.R. MAUGERI, *Reti di impresa e contratto di rete*, in AA. VV., *Reti di impresa e contratto di rete: spunto per un dibattito*, a cura di, F. MACARO e C. SCOGNAMIGLIO, in *Contr.*, 2009, 10, p. 958; P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 390 ss.; A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratti di rete*, in *Obb. contr.*, 2010, p. 87 ss.; G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. comm.*, 2010, 06, p. 839 ss.; G. MARASÀ, *Contratti di rete e consorzi*, in AA. VV., *I contratti di rete*, a cura di, V. CUFFARO, in *Corr. mer.*, 2010, 1, p. 9; V. CUFFARO, *Contratti di impresa e contratti tra imprese*, *ivi*, pp. 5-6; R. SANTAGATA, *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 323 ss.; F. GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 348 ss.; ID., *Il contratto di rete tra imprese: profili organizzativi*, in *Contr.*, 2014, p. 397 ss. Da ultimo cfr. V. MOSCATELLI, *Contratto di rete e network contract*, in *Contr. impr.*, 2018, 2, p. 886 ss.

coinvolte¹¹². In particolare, nelle specificità che si delineano sul versante dell'allocazione del rischio e sul regime della responsabilità, l'operazione economica che si innesta nello sviluppo contrattuale disciplinato dal d.m. n. 560 del 2017, soprattutto in relazione al rapporto tra affidatario e catena dei propri fornitori, sembrerebbe individuare nella rete di imprese il modulo aggregativo che, nel mentre erode l'assetto organizzativo verticale fondato su contratti bilaterali sequenziali collegati, struttura l'approccio progressivo ma dagli incerti confini del contratto plurilaterale con comunione di scopo. Ne deriverebbe una disciplina che, tra condivisione e competizione, pianifica le attività coinvolte nella filiera contrattuale, assicurando un coordinamento stabile tra obbligazioni autonome ma funzionalmente dipendenti assunte da una pluralità di soggetti, mediante un modello di cooperazione cui è stata riconosciuta rilevanza normativa a partire dalla l. 9 aprile 2009, n. 33, così come modificata dalla l. 7 agosto 2012, n. 134¹¹³, nonché dalla previsione dell'art. 34, d.lgs. n. 163 del 2006¹¹⁴ siccome confermata, ancorché con ambiguità di carattere sistematico, dall'art. 45, d.lgs. n. 50 del 2016.

Tuttavia, indagando sul tema scandagliato – ma segnato tuttora da esiti oggetto di rinnovate riflessioni – del collegamento negoziale, si è indotti a ritenere come nella vicenda in commento non ci si troverebbe al cospetto di un contratto a causa unica, nell'ambito del quale i diversi negozi collegati rappresentino ciascuno un singolo frammento, quasi fossero l'anello di una medesima catena¹¹⁵, ipotesi in cui la ricostruzione in parola lascerebbe spazio alla mistione contrattuale¹¹⁶, ma del perseguimento di un risultato economico, unitario e

¹¹² V. BUONOCORE, *Contratti d'impresa e collegamento negoziale*, in AA.VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, cit., pp. 12-13; V. DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, in *Società*, 2011, 12, p. 1429 ss.; G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. impr.*, 2013, 501 ss.; ID., *Cooperazione imprenditoriale e contratto di rete*, Padova, 2014, p. 23 ss.; ID., *La partecipazione delle reti di imprese alla procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 275 ss.

¹¹³ A. DI LIZIA, *(Contratto di) Rete di imprese. Rassegna e clausole contrattuali*, in *Notariato*, 2012, p. 280; S. RUSSO, *La strategia di rete nei rapporti con la PA*, in *Contratto di rete e diritto del lavoro*, a cura di G. ZILIO GRANDI e M. BIASI, Padova, 2014, p. 41 ss.

¹¹⁴ Che ha ammesso espressamente a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete.

¹¹⁵ R. SACCO, *La nozione di contratto*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, I, Torino, 2004, p. 87 ss.

¹¹⁶ R. MARSEGLIA, *Agenzia e sublocazione del locale da parte del preponente*, commento a Cass. 12 dicembre 2005, n. 14611, in *Contr.*, 2006, p. 250. Cfr. I. LA LUMIA, *Contratti misti e contratti innominati*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, p. 719; G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazioni, classificazioni e disciplina*. *Negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934, p. 176; G. GIACOBBE, *Sulla disciplina giuridica dei negozi complessi*, in *Giust. civ.*, 1956, p. 2121; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1956, p. 219; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1955, p. 308; Sulla distinzione tra contratto misto e contratti collegati, cfr. F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collega-*

complesso, realizzato attraverso una pluralità coordinata di contratti i quali, pur conservando una propria causa autonoma ed una distinta individualità giuridica, risultano teleologicamente interdipendenti tra loro¹¹⁷, siccome attratti nel rapporto cerniera principale instaurato tra il committente e l'affidatario¹¹⁸, connotato da forza economico-produttiva asimmetrica¹¹⁹. L'operazione economica unitaria, in quanto ragione sostanziale dell'affare¹²⁰, si appalesa quale criterio giustificatore in concreto del rilievo ordinamentale del collegamento funzionale dei singoli atti di autonomia privata, in quanto strumento ermeneutico in grado di guardare all'aspetto dinamico e sistematico degli interessi negoziali¹²¹.

Dall'ipotesi di studio, delicata e complessa, del collegamento negoziale, conseguirebbe, in termini di effetto, la questione altrettanto problematica della comunicazione delle vicende patologiche dall'uno all'altro contratto che, in verità, senza incorrere in un eccesso di semplificazioni, non si presenterebbe remota, almeno sotto il profilo funzionale, laddove – come si è visto nel corso del presente lavoro – ad essere coinvolta nella vicenda contrattuale sia la stessa catena di fornitura dell'aggiudicatario. Nondimeno, al di là di formule tratlative, la regola *simul stabunt simul cadent* parrebbe applicabile soltanto nelle ipotesi d'influenza del negozio principale su quello accessorio, mentre nel collegamento bilaterale si escluderebbe l'automaticità di tali ripercussioni, propendendosi per una valutazione in concreto¹²². Tra contratti collegati, la comunicabilità agli altri negozi delle patologie che colpiscono la struttura di uno di essi non può dirsi automatica, tanto più allorché si tratti di collegamento unilaterale e l'invalidità investa il contratto accessorio¹²³.

mento negoziale: la "sovrapposizione" contrattuale (nota a Cass., 18.7.2003, n. 11240), in Contr., 2004, p. 118 ss.; A. IZZO, Il collegamento contrattuale: norme in materia civile, arbitrale, internazionale e di conflitti di legge, in Nuova giur. comm., 1998, II, p. 73 ss.

¹¹⁷ E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 3, p. 905 ss.; G. PERLINGIERI, *Atti dispositivi nulli e acquisto dell'eredità, Contributo allo studio della gestione conservativa*, Napoli, 2002, p. 364 ss.; E. NAVARRETA, v. *Contratto (causa del)*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, 4, Milano, 2007, p. 162.

¹¹⁸ Cass. civ., Sez. III, 10 luglio 2008, n. 18884, in *Contr.*, 2008, 12, p. 1093 ss., con commento di A. PIRONTI, *Collegamento negoziale ed autonomia disciplinare dei contratti collegati*. Si veda anche Cass. 6 settembre 1991, n. 9388, in *Foro it. Rep.*, 1991, v. *Contratto in genere*, n. 158.

¹¹⁹ L. LEVA, *Appalto, subfornitura e solidarietà negli oneri previdenziali*, in *Law. giur.*, 2016, 12, p. 1070 ss.

¹²⁰ E. GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 4, p. 1047.

¹²¹ La funzione complessiva dell'operazione risulta dal collegarsi dei vari termini negoziali e, quindi, per definizione, da un nesso estrinseco rispetto alla fattispecie di ciascun contratto collegato, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 250 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, V, pp. 719-728; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., p. 905 ss.; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 182 ss.

¹²² F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 52,

¹²³ E. BATTELLI, *Il collegamento negoziale occasionale*, cit., p. 142.

E così, il filtro rappresentato dallo spettro frattale dell'operazione giuridico-economica unitariamente considerata e, dunque, la valutazione del contesto dell'economia complessiva che la connota, consente all'interdipendenza funzionale delle diverse prestazioni dedotte nei singoli contratti, siccome teleologicamente orientati verso l'unico regolamento di interessi condivisi, di imprimere di rinnovati contenuti l'indagine sul definitivo assetto dei diritti e degli obblighi scaturenti dall'intera operazione, permettendone l'apprezzamento della reale incidenza giuridica¹²⁴. La riflessione che ne deriva consente di cogliere il differenziale marginale aggiuntivo di valore che consegue alla esplicazione sequenziale incrementativa dei singoli atti negoziali, siccome convergenti nella realizzazione dell'operazione economica unitaria che ne è alla base¹²⁵. Si impone, in ultima analisi, la necessità di una ricostruzione che si mostri consapevole che operazioni distinte, ma funzionalmente interdipendenti, rese da più parti, prese singolarmente hanno una propria conformazione ed autonomia giuridica, ma valutate nella complessità della interazione economica, in quanto organizzate e coordinate come sistematicamente operanti in un condizionamento reciproco, assicurano un risultato unitario che non è la somma delle stesse ma una utilità nuova e complessa. I diversi rapporti, siccome avvinti nell'intreccio economico unitario, realizzano un risultato immediato che si configura come strumentale rispetto all'interesse finale, marginalmente aggiuntivo, in cui si annida l'operazione economica complessiva¹²⁶. La somma delle plurime attività produce un effetto che va oltre il tutto che le compendia¹²⁷: non si tratta della semplice sommatoria delle risultanti di singole prestazioni, ma del conseguimento di un esito crescente in termini di produttività marginale, che si racchiude nella stessa identità dell'opera che ne deriva, *as built*.

L'inquadramento contrattuale basato su *Alliance*, se rivela tratti di assoluta discontinuità rispetto al quadro giuridico stratificatosi nel settore delle costruzioni, nei fatti, pur nelle difficoltà di generalizzato recepimento interno, si presenta come antidoto alla asimmetria informativa ed all'opacità interpretativa che affiora dal comparto, come fattore che nella condivisione e nella interoperabilità genera valore. Da quanto emerso, proprio esaltando quelle esperienze più vicine alla tradizione giuridica interna, senza per questo stravolgere il peso di categorie

¹²⁴ E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., p. 723; Id., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 93 ss.; Id., *Mercato, contratto e operazione economica*, cit., p. 1045 ss.; Id., *Il «contratto frazionato» e l'utilità dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2008, 3, p. 738 ss.; Id., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica (1)*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 1071 ss.; Id., *Il Codice di Napoleone, il contratto e "l'operazione economica"*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, p. 1 ss.

¹²⁵ E. GABRIELLI, *Il Codice di Napoleone, il contratto e "l'operazione economica"*, cit., p. 9.

¹²⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*², Milano, 2000, p. 482 ss.

¹²⁷ A. ADDANTE, *Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul leasing*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 1039.

ed istituti condizionanti il complessivo assetto ordinamentale, si potrebbero mutuare e, dunque, introdurre alcuni precipitati applicativi del sistema *Alliance* che meglio esprimono condivisione e collaborazione tra le parti, muovendo dal presupposto che la concezione computazionale, essendo orientata alle relazioni e transazioni, migliora la trasparenza e riduce la conflittualità tanto nella catena di fornitura che nei riguardi della controparte¹²⁸. Non si tratta quindi di scardinare schemi ed inquadramenti consolidati, ma più semplicemente, spingendosi oltre le tecniche in uso di *Dispute Resolution Board*¹²⁹, di accentuare la mutua collaborazione tra le parti contrattuali anche nei contratti pubblici, oltre la cooperazione, in vista dell'attuazione di processi convergenti verso il risultato unitario programmato, attenuando i riflessi e la nozione stessa di controparte in termini di antagonista, senza per questo mettere in discussione i profili identitari degli attori coinvolti.

Oltre allo sviluppo delle direttrici poste dal collegamento negoziale, indicazioni che rivelano l'attenzione per la gestione dell'assetto contrattuale, sono rintracciabili nell'ambito dell'art. 1700 c.c., previsione che, dettata in materia di trasporto cumulativo di cose, si propone come strumento di coinvolgimento di una pluralità di soggetti che, pur mantenendo distinte sfere di impegno, collaborano verso la formazione di un'unica struttura contrattuale, in vista del conseguimento dello scopo unitario di arrivo della merce a destino, con responsabilità solidale dei vettori verso il mittente¹³⁰.

8. Segue. *Prodromi privatistici del contratto di appalto pubblico e prospettiva economica antropocentrica*

Altro tema di interesse è la prototipizzazione della formazione contrattuale che si esplicita in modelli di sviluppo e rilascio incrementale di tipo evolutivo tipici dell'ingegneria del *software*, e che si propone il superamento del modello a cascata nei contratti di *construction management*. L'implementazione di sistemi di *virtual design construction* ha consentito il superamento dell'affermazione secondo

¹²⁸ A.L.C. CIRIBINI, *Ripensare le parti in causa: i contratti multilaterali e collaborativi*, in *www.ingegno-web.it*, 12 ottobre 2017.

¹²⁹ Cfr. Camera Arbitrale di Milano, *Regolamento Dispute Resolution Board*, in *www.camera-arbitrale.it*.

¹³⁰ Sul tema, M. IANNUZZI, *Trasporto cumulativo occasionale o subtrasporto?*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 363 ss.; ID., *Del trasporto (art. 1678-1702)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1961, p. 254; C. TABELLINI, *Il problema dell'individuazione del legittimato passivo all'azione di responsabilità per danni nei trasporti combinati*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 621 ss.; S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2007, p. 107 ss.; L. FIANDACA, *Trasporto, spedizione e deposito. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2012, p. 11 ss. In materia cfr. anche F. MESSINEO, v. *Contratto derivato. Subcontratto*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 80 ss.; B. GRASSO, *Il subcontratto*, Napoli, 1987, pp. 91-123.

cui l'edificio è l'archetipo di se stesso, ma anche di realizzare una prototipizzazione della formazione del vincolo contrattuale, migliorando il dialogo tra committenza, progettisti e impresa realizzatrice¹³¹. In una impostazione che, pur con sembianze oniriche, si presenterà anche nei contratti pubblici, l'impresa esecutrice viene coinvolta per condividere il progetto in un assetto relazionale che vede il committente esercitare una funzione di *leader* della catena di fornitura e non quella di semplice controparte contrattuale, in un contesto che pone al centro della propria qualificazione l'integrazione della sequenza produttiva e la sua digitalizzazione. Ad una prima lettura, un tale approccio metodologico non si tinge di particolare originalità, laddove si considerino i consueti schemi di formazione progressiva del consenso contrattuale come strutturati nell'impianto sistematico codicistico, ma appare chiaro come una tale traiettoria argomentativa si presenti con profili di spiccata originalità nel contesto dei contratti pubblici. Siffatta conclusione viene avvalorata dall'orientamento recentemente espresso dal Superiore Consesso amministrativo in relazione agli appalti pubblici, laddove si esprime la consapevolezza della necessità che l'operato della p.a., anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, si conformi, oltre che alle disposizioni di diritto pubblico, alle norme generali dell'ordinamento civile che impongono il rispetto dei canoni di buona fede e correttezza¹³², la cui violazione, anche nella

¹³¹ Così, G. M. DI GIUDA, *Le ragioni del convegno: operare la transizione attraverso i mandati governativi*, Camera dei Deputati, *La transizione digitale in Europa per il settore delle costruzioni – Gli effetti delle strategie e dei mandati governativi sul settore delle costruzioni*, Roma, 18 febbraio 2016.

¹³² Solo per alcuni spunti di riflessione che vertono sul tema in esame, cfr. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 239 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*², II, cit., p. 538 ss.; SALV. ROMANO, v. *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 680; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, rist. integrata, 2004, p. 119 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 27 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, pp. 14 ss. e 213 ss.; ID., v. *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 154; A. DI MAJO, *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 39; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*², cit., p. 500; ID., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 86; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Indica e Zatti*, Milano, 2001, p. 493; G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 392 ss. Sul tema si veda, con profili di maggiore incidenza rispetto all'argomento in questione, M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 391 ss.; G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, p. 60; L.V. MOSCARINI, *I contratti della Pubblica Amministrazione e la disciplina dell'art. 11 della l. 7.8.1990, n. 241*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di, G. BARBAGALLO, E. FOLLIERI e G. VETTORI, Napoli, 1995, p. 67; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 39 ss. e 44 ss.; G. VETTORI, *Accordi «amministrativi» e contratto*, in *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, cit., p. 15 ss.; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 23 ss.; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., p. 97 ss.; R. DI RAIMO, *Contratto*

fase precontrattuale, può essere fonte di responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, risultando eccessivamente restrittiva la tesi secondo cui, nei procedimenti ad evidenza pubblica, l'obbligo di rispettare il dovere di correttezza sorgerebbe soltanto dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione¹³³.

e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell'«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione, Napoli, 2000, p. 183; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 271 ss.; G. RESTA, *I contratti della pubblica Amministrazione*, in *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*², a cura di, G. ALPA, G. FONSI e G. RESTA, Milano, 2001, p. 498; E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit., p. 326; L. FRANZESE, *L'autoamministrazione come superamento di privato e pubblico*, cit., p. 223 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 661 ss.; S. TARULLO, *L'interpretazione del contratto di appalto pubblico: profili ricostruttivi*, in *Riv. trim. app.*, 2004, p. 925 ss.; F. ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, cit., p. 110; G. ALPA, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 76 ss.; S. POLIDORI, *Appalti pubblici, scelta del contraente e tutela della concorrenza*, cit., p. 295 ss.; V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 115 ss.; C. FRANCHINI, *Diritto pubblico e diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 89 ss.; G. PERLINGIERI, *Compenso del professionista, finanziamento del progetto e clausola condizionale. Il ruolo della buona fede ex art. 1358 c.c. nei contratti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 119 ss.; V. CERULLI IRELLI *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, *passim*; M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, cit., p. 428 ss.; ID., *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 1052 ss.; ID., *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, cit., p. 43 ss.; ID., *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, cit., p. 13; ID., *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, cit., p. 187 ss.; V. CARBONE, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corr. giur.* 2012, p. 153 ss.; B. MASTROPIETRO, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*, cit., p. 3; S. CASSESE e L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, p. 37 ss.; G. IUDICA, *La buona fede nel contratto di appalto*, cit., p. 128 ss.

¹³³ Cons. stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Gazzetta Enti Locali*, 8 maggio 2018, con commento di S. USAI, *Responsabilità precontrattuale della PA anche prima dell'aggiudicazione in caso di violazione del dovere di correttezza (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 5/2018)*; in www.italiapalti.it, 24 maggio 2018, con commento di M. GIUSTINIANI e P. FONTANA, *Profili ricostruttivi della responsabilità precontrattuale delle p.a. alla luce delle recenti acquisizioni giurisprudenziali*. In materia cfr. P. MALANETTO, *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 18 aprile 2018; Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno resp.*, 2016, 11, p. 1057 ss., con commento di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*; Cons. stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831, in *Contr.*, 2014, 2, p. 146 ss., con commento di A. PASSARELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*; M. SPAGNUOLO, *L'erronea aggiudicazione determina la mancanza di contatto sociale qualificato*, in *App. contr.*, 2013, 6, p. 44.

In linea con quanto già affermato nel contesto del presente contributo, il dato che emerge dalla piana lettura della decisione indicata, siccome sistematicamente inquadrata nella recente produzione normativa, anche comunitaria, che investe la contrattualistica pubblica, senza trascurare l'incidenza delle prassi di settore, talvolta nascoste ma incalzanti, sollecita una rinnovata riflessione che, muovendo da una concezione economica antropocentrica e personalistica della concorrenza e del mercato globale¹³⁴, attraverso e segni la funzione sociale del contratto di appalto pubblico, assegnandogli il compito di assicurare rilancio economico-produttivo ma anche di tutelare l'incolumità pubblica, proiettandosi così nella direzione della promozione della persona e dello sviluppo umano e sociale, in una accezione in cui ad essere esaltate sono la dimensione costituzionale della dignità umana¹³⁵ e la visione pluralistica ed inventiva delle fonti¹³⁶.

Su tali premesse, la modellazione digitale e le condotte collaborative che da essa originano, come articolate nel d.m. n. 560 del 2017 e declinate dalla normativa tecnica di comparto, saranno ambasciatrici di una mutata costruzione della relazione tra committenza pubblica e privati fornitori, che minerà il paradigma superstito del contratto di appalto pubblico e la sua dimensione pubblicistica con l'inserimento di prodromi privatistici nell'esercizio della cura dei pubblici interessi che, tuttavia, laddove non gestiti con adeguata qualificazione dai soggetti coinvolti, genereranno criticità in termini di sovrapposizioni e di interferenze contrattuali. Di certo, dalla prospettiva appena illustrata, deriva una rimodulazione dell'apporto alla definizione progettuale da parte anche dell'impresa esecutrice dei lavori nella direzione della realizzazione in concreto del risultato programmato, rappresentato dalla realizzazione dell'opera pubblica, nel rispetto delle modalità dei tempi e costi. Le trame indicate consentono di leggere indizi di precipua innovazione rispetto alla mutazione nel contesto dei contratti pubblici, dell'architettura disegnata dal codice civile siccome inventivamente interpretata dalla Costituzione¹³⁷, con specifico riguardo alla espli-

¹³⁴ Su cui F. CAMPANELLA e M. MUSTILLI, *Economia antropocentrica. La necessaria centralità dell'uomo per lo sviluppo economico*, cit., *passim*.

¹³⁵ In maniera significativa, P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 224, laddove sottolinea come la disciplina del contratto, «anche quella di origine mercatoria ispirata prevalentemente alle ragioni dell'impresa, concorre a regolare il mercato»; F. BOCCHINI, *Tutela del consumatore e mercato*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 783 ss.; G. PERLINGIERI, *Compensazione del professionista, finanziamento del progetto e clausola condizionale*, cit., p. 120, il quale sottolinea come anche l'attività pubblicistica debba conformarsi «ai valori del personalismo, del solidarismo e dell'uguaglianza, in vista della definitiva consacrazione di un diritto amministrativo «nella legalità costituzionale», funzionalizzato alla tutela della persona, la quale non è più la mera destinataria dell'agire unilaterale, autoritativo ed esecutorio del soggetto pubblico».

¹³⁶ P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, cit., p. 18, dove con intensità afferma: «chiuderei con una raccomandazione rivolta a tutti i giuristi immersi nella positività dell'oggi, siano essi teorici o pratici: apriamo le finestre dei nostri studi e guardiamo attentamente quel che succede fuori».

¹³⁷ P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, cit., p. 17.

cazione, che sicuramente emerge in un'accezione più accentuata e partecipativa, della correttezza e buona fede nei comportamenti delle parti contrattuali, tanto nella fase dell'esecuzione dell'appalto come nella formazione del consenso. In un anelito di riduzione a sintesi, la vicenda in narrazione si appalesa come esito di un diverso modo di progettare e di eseguire, conseguente alla diffusione di tecnologie in grado di cogliere dettagli esecutivi sin ad oggi impercipienti che, involgendo anche il diverso ruolo delle parti coinvolte e degli strumenti contrattuali utilizzati, in maniera appropriata consente di indicare la modellazione digitale come epifenomeno¹³⁸. Passaggi questi che proficuamente evocano riflessioni ed esortazioni che, in una discontinuità preta di originalità, hanno saputo guardare e ricostruire il fenomeno che origina dalla fattispecie contrattuale come plurimo, siccome arricchito dalle circostanze peculiari che lo connotano, ed in tendenziale espansione; in cui nel mentre viene eroso il principio di simmetria, dall'affermata unitarietà della teoria del negozio e del rapporto che ne deriva¹³⁹ emerge la dirimente variabilità della struttura contrattuale in funzione dei suoi contenuti teleologici e assiologici e, dunque, nel rispetto della complessiva operazione economica perseguita¹⁴⁰, nel suo significato di oggetto della regolazione dell'affare¹⁴¹.

9. Conclusioni.

Oltre quelli già affrontati, ulteriori significativi filoni di ricerca che affiorano dalla portata trasformativa della digitalizzazione, riguardano il tema della tutela della proprietà intellettuale, la sicurezza del dato e la garanzia di riservatezza di informazioni sempre più condivise ma normativamente sensibili, senza mancare di considerare i diversi assetti di responsabilità ricadenti sul committente e l'affidatario in un contesto di interessi partecipativi e convergenti, nonché la questione dei danni lungo latenti che appare insita in un processo che guarda al ciclo di vita dell'opera. Il tema affrontato, come già evidenziato, meriterebbe anche una notazione approfondita e puntuale che investe il ruolo dell'interprete nella rielaborazione delle categorie giuridiche con i riflessi che ne derivano, in particolare sul versante della loro tenuta in un contesto unitario e sistematico¹⁴².

¹³⁸ A.L.C. CIRIBINI, *Il BIM è collaborazione*, cit.

¹³⁹ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 16 ss.

¹⁴⁰ P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 230 ss.

¹⁴¹ Così E. GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, cit., p. 1045.

¹⁴² Nel senso auspicato da P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 322 ss., dove afferma che «l'attuale sistema ordinamentale, tuttavia, nonostante la pluralità delle fonti che lo caratterizza, si prospetta, non già quale somma di ordinamenti separati e distinti sia pure coordinati, ma unitario, proprio in funzione applicativa e di controllo. La normativa comunitaria e quella di origine internazionale conformano e integrano il sistema ordinamentale della

Uno sforzo ricostruttivo che, consapevole dell'impegno richiesto, non si sottragga ad una revisione critica di quei canoni convenzionali in cui frequentemente si imbatte la letteratura giuridica, ispirati talvolta ad un linguaggio monocromatico ed all'annotazione compilativo-aritmetizzante, privandosi della crescita che origina dalla collocazione della norma nella coscienza sociale e nella gerarchia assiologica del sistema ordinamentale¹⁴³. In questa cornice di ispirazione fattuale deve ammettersi come quell'esortazione alla necessità di un impegno della dottrina sul versante dell'impatto delle tecnologie abilitanti ed in particolare delle tecniche computazionali sugli archetipi civilistici¹⁴⁴, abbia trovato significativo riscontro nell'interesse che di recente è stato riservato al tema del trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia¹⁴⁵.

Se le trame indicate dagli itinerari normativi consegnano una realtà veloce, difficile da sussumere in un apparato legislativo saldamente ancorato all'impianto di valori e principi riconosciuti dalla comunità sociale, è altrettanto chiaro che la transizione digitale, pur richiedendo l'utilizzo di strumenti e tecnologie abilitanti – cui si associa un'attività di revisione di assetti organizzativi e connesse impostazioni contrattuali – debba guardarsi dal predicare modelli che soltanto nell'apparenza si prospettano come innovativi, dal momento che propongono schemi concettuali che, pur nella novità del mezzo utilizzato, sono già sedimentati nella visione pluralistica delle fonti, introdotta dal carattere interpretativo ed inventivo della Costituzione¹⁴⁶.

I moduli lessicali indicati dalla modellazione informativa impongono matrici nuove destinate ad amalgamarsi con i codici normativi esistenti: sta cambiando lo strumento abilitante ed è profondo lo smarrimento di chi si trova a decifrare un nuovo dizionario che fatica ad amalgamarsi con l'indirizzo plasmato dalla esperienza giuridica, alla ricerca di un equilibrio tra il significato sistematico dell'impresa ed una visione economica antropocentrica e personalista¹⁴⁷.

Repubblica in una unità indissolubile», e da V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civile*, 2009, p. 433 ss.; ID., *Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 1, p. 1 ss. ora in ID., *Fonti, teoria, metodo*, cit., p. 259 ss.

¹⁴³ Così P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 233.

¹⁴⁴ Così P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 232.

¹⁴⁵ Cfr. 14° Convegno Nazionale della S.I.S.Di.C., che si terrà a Napoli dal 9 all'11 maggio 2019.

¹⁴⁶ P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, cit., p. 18; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 105.

¹⁴⁷ Su questo fronte «da dottrina si deve ancora molto impegnare», così P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 233.

Abstract

Contractual hermeneutics and information modeling
in building and infrastructure industry

by Raffaele Picaro

Obligatoriness, even though gradual, of Building Information Modeling (BIM), imposed by law d.m. n. 560/2017, marks a radical change in the public tender calls context, with consequences within the construction industry chain, looking towards -also on the basis of an acquired international experience- the introduction of effectiveness and guarantee elements so far not observed in such a productive branch, as well as field testing of new job organization models deriving from qualifying technologies, with due regard to public demand, from which renovated occasions of economic facts awareness on behalf of juridical science will no doubt derive.

La *spending review* immobiliare e la compensazione giudiziale. Riflessioni a margine dell'orientamento assunto dalla Corte dei conti

di Vanessa Manzetti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le politiche pubbliche di *spending review* immobiliare. – 3. Problemi “interpretativi” dell’art. 12, comma 1 *ter*, della legge n. 111 del 2011 e l’orientamento assunto dalla Sezione regionale di controllo per il Piemonte della Corte dei conti – 4. Riflessione conclusiva.

1. Premessa

Come è noto uno dei principali problemi che devono affrontare gli enti territoriali, ed in generale tutte le pubbliche amministrazioni, è quello del perseguimento di finalità di interesse generale in una condizione di scarsità di risorse e di rigidi vincoli finanziari alle loro azioni.

Infatti sotto la formula della *spending review*, da diversi anni si sono messe in atto politiche di tagli lineari che hanno inciso ora sull’organizzazione amministrativa, ora sulle prestazioni dei servizi pubblici, senza perseguire quella che doveva essere invece una riqualificazione della spesa sia in termini di buon andamento, sia in termini di rispetto dei vincoli alle politiche di bilancio degli enti territoriali. Una riqualificazione, dunque, che doveva raccordare le esigenze di efficienza, di economicità e di efficacia dell’azione amministrativa con quelle finanziarie.

Ebbene, questo raccordo spesso è mancato e in alcuni casi la limitazione alla spesa ha avuto un duplice effetto negativo non garantendo né il buon andamento né gli equilibri di bilancio dell’ente.

Un esempio di questo mancato raccordo è dato dalla normativa sui “limiti di spesa” imposti agli enti territoriali nei casi di acquisto, vendita, manutenzione e censimento di immobili pubblici, limiti sui quali si è espressa più volte la Corte dei Conti¹, con la formulazione di pareri tra i quali merita una particolare attenzione quello recentemente rilasciato ad un ente locale in merito alla possibilità di ricorrere alla “compensazione giudiziale” tra un credito vantato dal Comune nei confronti di un debitore in situazione fallimentare e un immobile di proprietà del debitore stesso².

¹ A titolo solo esemplificativo si richiamano Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Lombardia, 5 marzo 2014, n. 97; Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Piemonte, 26 settembre 2014, n. 191; Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Piemonte, 30 ottobre 2014, n. 203; Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Lombardia, 13 novembre 2014, n. 299; Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Puglia, 3 maggio 2013, n. 89; Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Toscana, 30 aprile 2013, n. 125; ecc.

² Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Piemonte, n. 125 del 2018.

Si tratta di un caso significativo in quanto porta a dare una risposta all'interrogativo se si debba attrarre la "compensazione giudiziale" nell'ambito delle discipline relative ai divieti di acquisizione di immobili da parte degli enti locali, con l'esito di dichiarare inesigibile il credito del Comune, data la situazione fallimentare del debitore, o se invece si debba ritenere l'operazione di compensazione giudiziale al di fuori delle limitazioni previste dalla normativa di *spending review* immobiliare.

È evidente che per dare una risposta è necessario accertare quale sia la *ratio* sottesa alle politiche di *spending review* immobiliare, vale a dire accertare se le limitazioni debbano essere inquadrate in un contesto diretto ad impedire che gli enti locali procedano ad acquisti immobiliari non necessari all'espletamento dei fini pubblici loro assegnati, o se invece il legislatore abbia inteso limitare *tout court* operazioni immobiliari anche nei casi in cui queste potrebbero "migliorare" i saldi di bilancio³.

Come pure è necessario, quale che sia la *ratio* sottesa alle misure di *spending review* immobiliare, considerare che queste, avendo comunque riflessi sul bilancio dell'ente, devono essere inquadrati nell'ambito della intervenuta riforma costituzionale del 2012 (artt. 81, 97, 117, 119). Infatti tale riforma, nel disegnare un nuovo diritto del bilancio per lo Stato, per il comparto delle amministrazioni pubbliche non territoriali e per gli enti territoriali, ha ricondotto in una cornice unitaria i principi dell'equilibrio di bilancio, della sostenibilità del debito pubblico e del buon andamento⁴.

Tale nuovo contesto comporta che le norme di *spending review* (originariamente collocate nell'ambito dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno), nel raccordarsi al nuovo diritto del bilancio devono, superando la rigida impostazione statica del pareggio contabile, perseguire il principio dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico quale espressione di una "*continua ricerca*

³La legge n. 164 del 2016 ha introdotto una nuova disciplina dell'equilibrio di bilancio delle regioni e degli enti locali. Il fine di tale modifica è quello di rendere coerente la disciplina dei vincoli di finanza pubblica che gli enti locali sono tenuti a rispettare ai sensi della legge rinforzata n. 243 del 2012 con il nuovo quadro di regole contabili introdotte dal d. lgs. n. 126 del 2014 che ha modificato il d.lgs. n. 118 del 2011, recante l'armonizzazione dei bilanci regionali e locali. A tal fine l'art.1 della legge n.164 del 2016 ha sostituito i quattro saldi di riferimento dell'equilibrio previsti dalla legge n. 243 del 2012 con un unico saldo non negativo in termini di competenza tra le entrate finali e le spese finali. Fatto salvo al vincolo di pareggio introdotto in via transitoria a far data dal 2016 dalla legge n. 208 del 2015 (commi 707 e 734), con la nuova disciplina sono soppressi gli obblighi di pareggio in termini di cassa ed in termini di saldo corrente. Il nuovo saldo di riferimento ai fini dell'equilibrio dei bilanci è dunque basato sulla competenza finanziaria potenziata che lo rende più vicino al saldo rilevato dall'Istat ai fini del computo dell'indebitamento netto nazionale.

⁴La riforma costituzionale è stata approvata con legge n. 1 del 2012. Su una lettura finanziaria del principio di buon andamento si rinvia a G. COLOMBINI, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art. 97 cost.*, relazione al "Seminario di aggiornamento dei magistrati contabili" presso Corte costituzionale, Roma, 16- 17 marzo 2017.

di una stabilità economica di media e lunga durata, nell'ambito della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate⁵, ed ove la declinazione finanziaria del principio di buon andamento (art.97, c.1, cost.) introdotta dalla riforma costituzionale del 2012 (equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico delle pubbliche amministrazioni) consente di parametrare le misure di limitazione della spesa al rispetto dei criteri di proporzionalità, di ragionevolezza e di economicità⁶.

Ebbene le argomentazioni svolte nel recente parere espresso dalla Sezione di controllo per il Piemonte della Corte dei conti su un caso specifico riguardante il rapporto tra norme di *spending review* immobiliari e compensazione giudiziale, rappresentano, invero, una occasione per avviare una riflessione più generale su una rilettura delle politiche di *spending review* immobiliare nel nuovo contesto costituzionale⁷.

2. Le politiche pubbliche di *spending review* c.d. immobiliare

Tra le varie politiche di *spending review* quale prima risposta alla grande crisi economica-finanziaria esplosa nel 2007-2008, è possibile individuare una serie di misure volte a ridurre le spese delle amministrazioni pubbliche concernenti l'acquisto, la vendita e la manutenzione degli immobili pubblici.

Si tratta di una normativa settoriale che trova la propria *ratio* nella necessità di ricondurre ad un disegno organico, il controllo, la valutazione e la conseguente riduzione delle spese stanziate dagli enti pubblici per l'acquisto di beni, specie se immobili.

La norma di riferimento è rappresentata dall'art. 12, rubricato per l'appunto, "acquisto, vendita, manutenzione e censimento di immobili pubblici", e collocato al capo II "Razionalizzazione e monitoraggio della spesa delle amministrazioni pubbliche" del d.l. n. 98 del 2011 recante "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria". Si tratta dunque di disposizioni che, in teoria, dovevano *razionalizzare* la spesa in questo settore, ma già la collocazione della norma all'interno di un decreto legge finalizzato ad individuare strumenti "per

⁵ Corte costituzionale sentenza n.18 del 2019.

⁶ Per una rappresentazione del principio di buon andamento nella dimensione finanziaria cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 7 del 2017, sentenza n. 10 del 2016, sentenza n. 129 del 2016, sentenza n.275 del 2016, sentenza n. 188 del 2015.

⁷ Le politiche di *spending review* vanno, infatti, ad incidere sull'attività di natura privatistica delle pubbliche amministrazioni, disciplinata quale "regola generale" secondo il dettato dell'art. 1, comma 1*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, per cui "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

la stabilizzazione finanziaria”, fa emergere che la finalità prioritaria è quella di limitare la spesa.

Ed infatti è proprio tale finalità a costituire il *fil rouge* dell'*excursus* normativo che ha interessato l'art. 12 sia nel testo originario, sia nelle successive integrazioni ad opera della legge finanziaria 2013⁸ che, nel novellarne il dispositivo, ha introdotto ulteriori commi di cui i commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* riguardanti tutti le limitazioni delle operazioni immobiliari⁹.

Ebbene il testo originario dell'art. 12, prevedeva che a decorrere dal 1° gennaio 2012 le operazioni di acquisto e vendita di immobili, effettuate dalle amministrazioni pubbliche, con espressa esclusione degli enti territoriali¹⁰, sia in forma diretta sia in forma indiretta, dovevano essere *subordinate* alla verifica del rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica da attuarsi con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze¹¹.

La disposizione così formulata, in realtà, non poneva in essere una vera e propria politica di *spending review immobiliare*, limitandosi ad indicare che tali operazioni di acquisto erano “finanziariamente” condizionate per garantire la

⁸ Articolo 1, comma 138, della legge 24 dicembre 2012 n. 228.

⁹ Specificamente la legge finanziaria ha introdotto sei commi (1-*bis* -1-*sexies*).

¹⁰ Il riferimento è alle amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, con l'*esclusione* degli enti territoriali, degli enti previdenziali e degli enti del servizio sanitario nazionale, nonché del Ministero degli affari esteri con riferimento ai beni immobili ubicati all'estero.

¹¹ A tale disposizione è collegata quale fonte subordinate il D.M. MEF 16 marzo 2012 volto “a disciplinare le modalità di attuazione del citato art. 12, comma 1, ... al fine di rendere possibili, a decorrere dal 1° gennaio 2012 le attività di acquisto e di vendita di immobili, ... considerato che le operazioni di acquisto e vendita di immobili, nonché le modalità di utilizzo delle disponibilità liquide provenienti dalle vendite dovranno scaturire da modelli di gestione degli investimenti e del patrimonio integrati con la struttura del passivo, ovvero preordinati alla definizione, in via sistematica, delle linee guida strategiche per la gestione e la minimizzazione del rischio di liquidità e di patrimonio; ... Considerato che alcune fattispecie relative all'acquisto ed alla vendita di immobili non causano variazioni dei saldi strutturali di finanza pubblica”. È infatti l'art. 2 del D.M. a disciplinare il legame tra piani di investimento e decreto ministeriale specificando che “le Amministrazioni individuate ai sensi dell'art. 1 comunicano al Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento del tesoro e Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, entro il 31 dicembre di ogni anno, un piano triennale di investimento che evidenzia, per ciascun anno, le operazioni di acquisto e di vendita degli immobili. Per l'anno in corso i piani di investimento sono presentati entro il 31 marzo 2012. Gli enti comunicano inoltre, entro il 30 giugno di ciascun anno, eventuali aggiornamenti del piano. Il piano distingue, sia per gli acquisti, sia per le vendite, tra operazioni dirette ed operazioni indirette, con separata indicazione delle fonti di finanziamento utilizzate per le operazioni di acquisto e le modalità di utilizzo delle disponibilità liquide provenienti dalle vendite. La realizzazione dei singoli piani è *subordinata* alla verifica del rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica, da effettuarsi con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di cui all'art. 12, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, da adottarsi entro sessanta giorni dal termine fissato per la presentazione dei piani”.

sana gestione finanziaria. Proprio per il carattere generale di tale finalità non era chiara la ragione che aveva indotto il legislatore ad escludere gli enti territoriali dal campo di applicazione della norma. Ed infatti, al fine di rendere più chiare le finalità limitative della norma (art.12), intervenivano successivamente alcune integrazioni apportate dall'art. 1, comma 138, della l. n. 228 del 2012 (c.d. legge di stabilità 2013), in forza delle quali sono stati previsti due diversi modelli di *spending review*. Quello del divieto *tout court* di operazione di acquisto (art. 1 *quater*), e quello delle c.d. procedure di acquisto "condizionato" (art. 12 commi 1 *bis* e 1 *ter*).

Ebbene per quanto riguarda il divieto di cui all'art.1 *quater*, la norma dispone che "per l'anno 2013 le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione (art. 1, comma 3, l. 196/2009),... nonché le autorità indipendenti,... *non possono acquistare* immobili a titolo oneroso né stipulare contratti di locazione passiva salvo che si tratti di rinnovi di contratti, ovvero la locazione sia stipulata per acquisire, a condizioni più vantaggiose, la disponibilità di locali in sostituzione di immobili dismessi ovvero per continuare ad avere la disponibilità di immobili venduti..."¹². Si tratta dunque di un divieto a carattere generale, esteso anche agli enti territoriali, ma caratterizzato dalla temporaneità (anno 2013) e dalla eccezionalità.

Quanto ai commi 1 *bis* e 1 *ter* la disciplina in essi prevista riguarda le procedure ordinarie (in quanto non limitate temporalmente) di acquisto di beni immobili da parte delle pubbliche amministrazioni, con la configurazione in due commi, distinti a seconda dei soggetti interessati, del c.d. "divieto condizionato di acquisto".

Così mentre l'art. 1, comma 1 *bis* si riferisce alla generalità delle pubbliche amministrazioni non territoriali¹³, l'art. 1, comma 1 *ter*, si riferisce agli enti territoriali e agli enti del Servizio sanitario nazionale, disponendo che "*al fine di pervenire a risparmi di spesa ulteriori rispetto a quelli previsti dal patto di stabilità interno (...)*" anche tali enti *non* potranno effettuare "operazioni di acquisto di immobili".

Il quadro che ne viene fuori è quello di una disciplina particolarmente stringente (sia per gli enti territoriali che per tutte le amministrazioni pubbliche) in cui la regola generale del divieto di procedere ad acquisti immobiliari, può essere

¹² Sono esclusi gli enti previdenziali pubblici e privati, per i quali restano ferme le disposizioni di cui ai commi 4 e 15 dell'articolo 8 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Sono fatte salve, altresì, le operazioni di acquisto di immobili già autorizzate con il decreto previsto dal comma 1, in data antecedente a quella di entrata in vigore del presente decreto.

¹³ Si tratta delle amministrazioni cui si riferisce il primo comma dell'art. 12 "amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT ai sensi del c. 3 dell'art. 1 della l. 31 dicembre 2009, n. 196, con l'esclusione degli enti territoriali, degli enti previdenziali e degli enti del servizio sanitario nazionale, nonché del Ministero degli affari esteri con riferimento ai beni immobili ubicati all'estero".

derogata soltanto nei casi di *indispensabilità* e *indilazionabilità* dell'acquisto ed a condizione che la relativa motivazione sia sottoposta alla verifica di congruità del prezzo attestata dall'Agenzia del demanio¹⁴.

Il tutto, quindi, nel rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica e, nel caso degli enti territoriali, anche al fine di conseguire (recita la norma) *ulteriori risparmi* di spesa oltre a quelli imposti dal patto di stabilità interno¹⁵.

Ora è evidente che queste scarse indicazioni normative non consentono di delineare un quadro definito dell'ambito di operatività di queste deroghe al divieto, posto che la norma non individua in modo chiaro né l'oggetto del divieto né il perimetro della deroga.

Ed infatti, per quanto concerne l'oggetto del divieto la norma dispone solo che questo si riferisce alle "operazioni di acquisto di immobili", senza specificare se con questa espressione si vuole far rientrare nel divieto "tutti" gli istituti giuridici che producono l'effetto di acquisizione del bene al patrimonio dell'ente, o se, invece, si vuole limitare alle sole operazioni di compravendita.

Ugualmente per quanto riguardo il perimetro della deroga, la norma rinvia ai concetti di "indispensabilità" e di "indilazionabilità" dell'acquisto, senza alcuna ulteriore specificazione, lasciando pertanto all'ente un ampio margine di valutazione discrezionale circa la sussistenza dei requisiti dell'una o dell'altra fattispecie, con il rischio, dunque, di vanificare la stessa *ratio* limitativa della norma.

A chiarire, almeno in parte, questi aspetti, è intervenuto il decreto ministeriale n. 108 del 14 febbraio 2014, con le connesse istruzioni operative riportate nella Circolare n. 19 del Ministro dell'economia e delle finanze del 23 giugno 2014, nelle quali si sono individuate le modalità di documentazione dell'indispensabilità e della indilazionabilità delle operazioni di acquisto di immobili .

¹⁴Per quanto concerne l'attestazione di congruità del prezzo da parte dell'Agenzia del Demanio si ricorda che l'Agenzia ha disciplinato la procedura da seguire ai fini del rilascio della congruità del prezzo degli immobili oggetto di acquisto con due circolari del 9 dicembre 2013, una per le Amministrazioni Pubbliche *ex art. 12 comma 1 bis* (Circolare n. 29349), una per gli enti territoriali e gli enti del servizio sanitario nazionale *ex art. 12 comma 1 ter* (Circolare n. 29348). Al riguardo per gli enti territoriali (e gli enti del servizio sanitario) rimane (in mancanza di un Decreto ministeriale analogo a quello di attuazione del comma *1 bis*, che esenti gli enti territoriali da codesto rimborso), peraltro, l'obbligo di rifondere le spese sostenute dall'Agenzia del demanio, come sancito sia dal comma *1 ter* dell'art. 12, sia dalla Circolare n. 29348, del 9 dicembre 2013.

¹⁵ Si ricorda che secondo il dettato dell'art. 14 *bis*, comma 1, del d.l. 50 del 2017, convertito dalla l. n. 96 del 2017, recante "Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo", al comma *1 ter* dell'articolo 12 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, dopo il primo periodo è inserito il seguente: "Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano agli enti locali che procedano alle operazioni di acquisto di immobili a valere su risorse stanziare con apposita delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica o cofinanziate dall'Unione europea ovvero dallo Stato o dalle regioni e finalizzate all'acquisto degli immobili stessi".

Il condizionale però è d'obbligo posto che tale decreto, pur rappresentando un fondamentale punto di riferimento, esclude espressamente gli enti territoriali dal perimetro di applicazione, lasciando pertanto priva di indicazioni procedurali la *spending review* immobiliare degli enti territoriali¹⁶.

La domanda che viene spontanea è se l'esclusione espressa degli enti territoriali sia da ascrivere ad una ragione giuridica. E l'unica spiegazione di questa differenziazione tra amministrazioni centrali (art.12 comma 1 *bis*) ed enti territoriali (comma 1 *ter*) sembrerebbe riconducibile all'autonomia costituzionalmente garantita degli enti territoriali (artt. 114 e 119 cost.), nei confronti dei quali i vincoli in questione, rientrando nel coordinamento della finanza pubblica, dovrebbero rimettere al legislatore statale, ai sensi dell'art.117, terzo comma della costituzione, soltanto la individuazione dei principi fondamentali.

Vero è che il carattere finalistico dell'azione di coordinamento, come ha sottolineato in più occasioni la Corte costituzionale "esige che al livello centrale si possa collocare non solo la determinazione delle norme fondamentali che reggono la materia, ma anche i poteri puntuali eventualmente necessari perché la finalità del coordinamento (che di per sé eccede inevitabilmente, in parte le possibilità di intervento dei livelli territoriali *sub* statali) possa essere concretamente realizzata"¹⁷. Il che implica che la funzione di coordinamento finanziario riguardi anche l'esercizio di poteri di ordine amministrativo, di poteri di regolazione tecnica, insomma di poteri che non possono ritenersi preclusi alla legge statale anche in forza dell'art.118, comma 1, della costituzione. Tutti poteri che devono comunque configurarsi "*in modo consono all'esistenza di sfere di autonomia costituzionalmente garantite, rispetto a cui l'azione di coordinamento non può mai eccedere i limiti, al di là dei quali si trasformerebbe in attività di direzione o in indebito condizionamento dell'attività degli enti autonomi*"¹⁸.

Ne consegue che, nonostante l'autonomia degli enti territoriali delineata dall'art.119 della costituzione, sia sul versante della spesa che sul versante dell'entrata, la situazione di crisi delle finanze pubbliche ha portato ad una legislazione c.d. di crisi che ha rafforzato il coordinamento della finanza pubblica in senso accentrato, richiamando spesso a giustificazione di ciò la tutela dell'unità giuridica ed economica della repubblica¹⁹.

Ecco perché molti enti territoriali, a fronte del decreto ministeriale e della

¹⁶ Il d.m. dispone espressamente che l'ambito di applicazione si riferisce alle amministrazioni inserite nel conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni, come individuato dall'ISTAT (art. 1, c. 3, l.n. 196 del 2009), con *esclusione* espressa degli enti territoriali, enti previdenziali, enti del servizio sanitario nazionale, nonché del Ministero degli affari esteri con riferimento ai beni immobili ubicati all'estero.

¹⁷ Così sentenza Corte costituzionale n. 376 del 2003.

¹⁸ *Ivi*.

¹⁹ Cfr. G. RIVOSECCHI, *Autonomie territoriali e assetto della finanza locale*, in www.federalismi.it, 2017.

relativa circolare esplicativa rivolta alle sole amministrazioni centrali, trattandosi di materia di contabilità pubblica rientrante nella competenza della Corte dei conti ai sensi dell'art.100 della costituzione, si sono rivolti alle Sezioni regionali di controllo per avere chiarimenti in ordine all'interpretazione da dare alle norme di *spending review* immobiliare²⁰.

Venendo al decreto ministeriale ed alla relativa circolare operativa, la procedura prevede che le amministrazioni centrali, per il tramite del responsabile del procedimento, devono comunicare al Mef entro il 31 dicembre di ogni anno, un piano triennale di investimento che evidenzia, per ciascun anno, le operazioni di acquisto e di vendita degli immobili, con indicazione dei requisiti dell'indispensabilità e dell'indilazionabilità degli acquisti. Così, secondo la circolare il "requisito dell'indispensabilità" attiene all'assoluta necessità di procedere all'acquisto di immobili in ragione di un obbligo giuridico incombente sull'amministrazione nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali ovvero nel concorso a soddisfare interessi pubblici generali meritevoli di intensa e specifica tutela (ad esempio, rispetto delle norme vigenti in materia di tutela dell'ambiente, della sicurezza sui luoghi di lavoro, ecc.), mentre il "requisito dell'indilazionabilità" comporta per l'amministrazione l'onere di comprovare l'impossibilità di differire l'acquisto, se non a rischio di compromettere il raggiungimento degli obiettivi istituzionali o di incorrere in possibili sanzioni. Spetta, poi, al responsabile del procedimento, il compito di certificare "l'attestazione di indispensabilità ed indilazionabilità" degli acquisti, ai fini del perfezionamento delle operazioni. Attestazione, sottolinea il decreto, che non deve essere generica, ma deve esporre le concrete "motivazioni" poste a fondamento delle operazioni di acquisto, tra le quali rientra anche l'acquisto che comporti effetti finanziari ed economici positivi²¹.

È pertanto evidente che, nell'ipotesi di acquisto di beni immobili, la motivazione assume un ruolo centrale quale momento di bilanciamento di tutti gli interessi in gioco (finanziari e non).

Niente di particolare, dunque, rispetto alle regole proprie dell'agire amministrativo, che possa giustificare la esclusione degli enti territoriali dal seguire tali indicazioni. Semmai la sola differenza, nell'ambito della procedura, potrebbe essere riferita al fatto che per le amministrazioni centrali il c.d. regime di acquisto condizionato si traduce, secondo il dettato del comma 1 *bis*, anche nell'ulteriore

²⁰ Ciò ha portato, infatti, ad interessare a pieno titolo la Corte dei conti ai sensi degli artt. 100 e 103 della costituzione, ed in particolare la funzione consultiva prevista dall'art. 7 della legge n.131 del 2003, c.d. legge la Loggia, quale ulteriore forma di collaborazione tra Corte dei conti ed amministrazioni ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, anche mediante la formulazione di pareri in materia di contabilità pubblica.

²¹ Effetti finanziari ed economici positivi che devono essere attestati dai pertinenti organi interni di controllo o, per le amministrazioni dello Stato, dal competente ufficio appartenente al sistema delle ragionerie.

adempimento della comunicazione del piano triennale di investimenti al Ministero dell'economia e delle finanze, che sembrerebbe non configurabile per gli enti territoriali.

Come pure non pare particolarmente significativa la differenziazione tra amministrazioni centrali ed enti territoriali in ordine alle modalità di pubblicità degli acquisti condizionati. La norma (art. 12 comma 1 *ter*) prevede, infatti, che delle predette operazioni di acquisto condizionato poste in essere dagli enti territoriali deve essere data “preventiva notizia, con l’indicazione del soggetto alienante e del prezzo pattuito, nel sito internet istituzionale dell’ente”. Pubblicità, dunque, che sembra solo anticipare quanto previsto dal d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33 e succ. modificazioni²², per “tutte” le pubbliche amministrazioni²³. Come è noto, infatti, il d.lgs. n. 33 del 2013, al fine di affermare un più generale principio di trasparenza, ha disposto oltre all’introduzione del c.d. accesso civico, anche un riordino e una novazione degli obblighi di pubblicità sussistenti in capo alle pubbliche amministrazioni²⁴. Così operando il d.lgs. 33 del 2013 ha assorbito ed

²² Recante “Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”(titolo così sostituito dall’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016).

²³ Secondo il dettato dell’art. 2 *bis* “Ambito soggettivo di applicazione”(articolo introdotto dall’art. 3, comma 2, d.lgs. n. 97 del 2016) “Ai fini del presente decreto, per pubbliche amministrazioni si intendono tutte le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile: a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali; b) alle società in controllo pubblico come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sono escluse le società quotate come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche(lettera così sostituita dall’art. 27, comma 2-ter, d.lgs. n. 175 del 2016, introdotto dall’art. 27 del d.lgs. n. 100 del 2017); c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell’ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell’organo d’amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all’attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell’Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell’articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici”.

²⁴ Al riguardo si ricorda che secondo il dettato dell’art. 1 d.lgs. n. 33 del 2013 la trasparenza, è intesa come “come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati

ha ampliato il dettato dell'art. 12, comma 1 *ter*²⁵, disponendo in capo alle pubbliche amministrazioni un obbligo di pubblicare documenti, informazione e dati (artt. 12-40) nei siti internet istituzionali, e specificatamente nell'apposita sezione denominata "amministrazione trasparente", al fine di garantire una accessibilità "totale" delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni²⁶.

La questione che semmai non viene chiarita né dal decreto né dalla circolare, riguarda l'ambito di applicazione del citato art.12, se cioè il divieto di acquisto di immobili sia un divieto di carattere generale che assorbe *qualsiasi operazione*, anche non relativa ad un acquisto, effettuata dalle parti, o se invece il divieto si riferisca esclusivamente all'acquisto, lasciando pertanto aperte altre possibili operazioni immobiliari, nell'ambito del rispetto ovviamente dei saldi di bilancio e delle regole a presidio dell'equilibrio finanziario e della sostenibilità del debito pubblico sancite dalla riforma costituzionale del 2012 e dalla legge rinforzata (legge n. 243 del 2012 e suc. e mod.)²⁷

A confermare la necessità di un chiarimento sull'ambito applicativo del comma 1 *ter* è quanto intervenuto con riferimento al comma 1 *quater*; in merito al quale il legislatore si è espresso con una norma di interpretazione autentica, contenuta nell'art. 10 *bis*, d.l. 8 aprile 2013, n. 35, poi coordinato con la legge di conversione 6 giugno 2013, n. 64, secondo la quale "nel rispetto del patto di stabilità interno, il divieto di acquistare immobili a titolo oneroso, di cui all'articolo 12, comma 1 *quater*, .. non si applica alle procedure relative all'acquisto a titolo oneroso di immobili o terreni effettuate per pubblica utilità ..., nonché alle per-

all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'*utilizzo delle risorse pubbliche*". La trasparenza "concorre", quindi, "ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione ... è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino".

²⁵ Tant'è che la disciplina attuale in materia di pubblicità telematica dei c.d. acquisti condizionati sembra riguardare l'intero procedimento amministrativo, a partire dalla pubblicazione in via preventiva della deliberazione del consiglio comunale di avvio del procedimento *ex art. 12, comma 1 ter*, e volta quindi a dare conoscenza dell'inizio delle procedure necessarie alla realizzazione delle "condizioni" per addivenire all'acquisto (indispensabilità, indilazionabilità, congruità del prezzo), oltre all'indicazione del soggetto alienante e del prezzo pattuito, sino al provvedimento finale concernente la deliberazione del consiglio comunale avente ad oggetto l'acquisto.

²⁶ Non può ragionevolmente dubitarsi, altresì, del fatto che, pur in mancanza di una disposizione, che espressamente li sottoponga all'obbligo di pubblicazione, anche i piani triennali di investimento, relativi alle operazioni di acquisto e di vendita di immobili, siano soggetti alla forma di pubblicità istituzionale, ormai prevista per tutti i provvedimenti, adottati dagli organi di indirizzo politico di ciascuna pubblica amministrazione.

²⁷ Si veda Legge 12 agosto 2016, n. 164 "Modifiche alla Legge 24 dicembre 2012, n. 243 in materia di equilibrio dei bilanci delle regioni e degli enti locali".

mute a parità di prezzo ... e alle procedure relative a convenzioni urbanistiche previste dalle normative regionali e provinciali”²⁸. Chiaro è che tale disposizione, pur perdendo efficacia dopo il 31 dicembre 2013, non può che sottolineare la delicatezza della questione, e rappresentare, comunque, un fondamentale parametro di riferimento per l’interpretazione della normativa in materia di acquisti condizionati (commi 1 *bis* e 1 *ter* dell’art. 12).

3. *Problemi “interpretativi” dell’art.12 comma 1 ter, della legge n. 111 del 2011 e l’orientamento assunto dalla Sezione regionale di controllo per il Piemonte della Corte dei conti.*

La questione del “perimetro di riferimento” del c.d. regime di acquisto condizionato, data la lacunosità delle indicazioni ministeriali, e la non possibile applicazione automatica della norma di interpretazione autentica riferita al comma 1 *quater*, non è né facile né scontata. Una qualche indicazione a chiarire la portata della norma può venire dal recente parere espresso dalla Sezione regionale per il Piemonte della Corte dei conti che, investita di una questione relativa alla acquisizione di un immobile a seguito di procedura di compensazione giudiziale, ha ritenuto l’operazione compatibile con le limitazioni poste agli enti locali dall’art. 12, comma 1 *ter*, d.l. 98 del 2011, in quanto operazione che per l’ente locale non ha alcuna rilevanza contabile in termini finanziari, in quanto l’acquisizione non comporta una spesa ma va ad incidere sulla gestione patrimoniale dell’ente, comportando una variazione positiva della stessa (del n. 125 del 2018).

Ebbene mentre è chiaro che l’acquisizione di un bene immobile a seguito di compensazione giudiziale, ha effetti positivi sulla consistenza patrimoniale dell’ente, meno chiaro è invece il fatto che l’assenso del giudice fallimentare a compensare in via giudiziale il debito tributario di un soggetto verso un ente locale mediante l’assegnazione in proprietà del comune di un immobile del debitore, sia compatibile con il divieto di cui all’art. 12 cit.

Il punto è cruciale in quanto investe la *ratio* sottesa alla limitazione. Ragione per la quale, nonostante che la decisione finale rientri nel merito dell’azione amministrativa, appare centrale che la scelta della pubblica amministrazione risponda all’interesse pubblico perseguito dal legislatore concretizzandosi in risparmi ulteriori di spesa rispetto a quelli imposti dall’osservanza dei vincoli sui saldi finanziari.

I requisiti di indispensabilità e indilazionabilità sembrano, quindi, porsi

²⁸ Legge 6 giugno 2013, n. 64 recante “conversione, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2013, n. 35, recante disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali. Disposizioni per il rinnovo del Consiglio di presidenza della giustizia tributaria”.

come una delimitazione alla discrezionalità degli enti territoriali, posto che la “motivazione” deve evidenziare l’assoluta necessità di procedere all’acquisizione immobiliare per adempiere ad obblighi inerenti alle proprie finalità istituzionali ovvero ad obblighi, espressamente previsti dalla legge, di concorso alla tutela di specifici interessi della collettività²⁹. Non solo, dalla motivazione deve anche emergere che la indispensabilità dell’acquisizione deve configurarsi come mancanza di soluzioni alternative ugualmente idonee ai fini del perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente sotto il profilo dell’efficienza, dell’efficacia e della economicità³⁰.

L’art. 12, comma 1 *ter*, sembra quindi individuare specifiche misure di *spending review* volte ad evitare l’impiego di risorse pubbliche per incrementare il patrimonio immobiliare degli enti. In questa prospettiva il termine “acquisizioni immobiliari” dovrebbe pertanto essere interpretato come risparmio di spesa, e quindi riferibile esclusivamente a tutti quei casi di acquisto in cui è contemplata la previsione di un prezzo.

Una interpretazione del genere troverebbe, peraltro, riscontro oltretutto nella norma di interpretazione autentica sul divieto di acquisti immobiliari (art. 1, comma 1 *quater*), anche in un consolidato orientamento della Corte dei conti che, in più occasioni, ha avuto modo di sottolineare che il regime di acquisto condizionato si riferisce al negozio di compravendita (art. 1470 e ss. c.c.), o ad altri contratti assimilabili, in quanto da questi si genera un effetto reale attraverso lo scambio di una cosa attraverso un prezzo, con conseguente esborso di somme da parte dell’erario pubblico e potenziale pregiudizio per la gestione finanziaria dell’ente³¹.

La *compensazione giudiziale* si presenta, invece, come un negozio con caratteristiche completamente differenti, dal momento che si sostanzia nel mero accertamento giudiziale dell’esistenza di un controcredito, e specificatamente nel caso di specie, nel diritto di proprietà di un bene opposto in compensazione.

La fattispecie sembrerebbe, quindi, non rientrare nell’ambito di applicazione del divieto di cui al citato art. 12, posto che anche volendo fare riferimento ai “risparmi di spesa ulteriori” di cui al comma 1 *ter*, la compensazione giudiziale resterebbe comunque, secondo l’interpretazione della Corte dei conti, una operazione “neutra” sul piano finanziario e, non configurandosi nessun esborso di denaro, non ricadrebbe neppure nell’adempimento di alcuni obblighi previsti dalla norma, quali quelli relativi alla determinazione del prezzo da parte dell’Agenzia del demanio e quello della pubblicazione del prezzo sul sito internet dell’ente.

²⁹ Cfr. Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Piemonte, n. 197/2017/SRCPIE/PAR.

³⁰ Cfr. Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Basilicata, n. 40/2017/PAR.

³¹ Cfr. Deliberazioni Corte conti, Sez. reg. contr. Veneto, n. 148/2013/PAR e Sez. reg. Puglia n. 89/PAR/2013.

Che questa sia una lettura plausibile lo conferma anche l'orientamento consolidato delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in casi assimilabili alla compensazione giudiziale, riguardanti l'acquisizione al patrimonio del Comune di opere di urbanizzazione a scomputo a seguito di un contratto assimilato all'appalto di lavori pubblici³² e in caso di procedimenti di espropriazione per pubblica utilità³³, nonché in caso di permuta³⁴ e di transazione³⁵.

³² Cfr. Deliberazioni Corte conti, Sez. reg. contr. Lombardia n. 21/2015/PAR e n. 257/2016 PAR. In merito all'eventuale soggezione dell'acquisizione al patrimonio comunale di opere di urbanizzazione a scomputo all'esposta disciplina limitativa è stato precisato che la realizzazione di tali opere (sia primarie che secondarie) avviene a seguito di un contratto assimilato all'appalto di lavori pubblici (cfr. art. 32, comma 1, lett. g, e art. 122, comma 8, d.lgs. n. 163/2006). Tanto che al privato titolare del permesso di costruire è imposto di seguire le procedure di evidenza pubblica (cfr. sentenza della Corte di Giustizia europea, 12 luglio 2001 C399/1998, "Scala 2001", poi recepita dal legislatore nazionale). La disciplina limitativa attualmente vigente (richiedente l'attestazione dell'indispensabilità e indilazionabilità dell'acquisto; la congruità del prezzo da parte dell'Agenzia del Demanio; la pubblicazione del soggetto alienante e del prezzo pattuito sul sito internet dell'ente) appare riferita alla fattispecie civilistica della compravendita, non a quella dell'appalto.

³³ Cfr. Deliberazioni Corte conti, Sez. reg. contr. Lombardia n. 97 del 2014 e n. 310 del 2015, deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Veneto n. 148 del 2013, deliberazione Corte conti, Sez. reg. Puglia, n. 89 del 2013. L'estensione delle limitazioni all'acquisto di beni immobili di cui al comma 1 *ter* anche alle procedure espropriative si tradurrebbe nel divieto di avviare o proseguire procedimenti di espropriazione per pubblica utilità in assenza di un'espressa disposizione legislativa ed in contrasto con l'art. 42, comma 3, della Costituzione recante, invece, il fondamento della potestà espropriativa della pubblica amministrazione. (Secondo il dettato dell'art. 42, comma 3, Cost., la proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale).

³⁴ Cfr. Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Lombardia n. 97/2014/PAR. La c.d. "permuta pura" (il cui presupposto è l'effettiva coincidenza di valore, idoneamente accertata, fra i beni oggetto di permuta) è esclusa dall'ambito applicativo dell'art. 12, comma 1 *ter* in ragione della sua neutralità finanziaria. Parzialmente diversa è la figura della "permuta con conguaglio", che si configura come operazione non finanziariamente neutra e quindi soggetta ai limiti introdotti dall'art. 12, comma 1 *ter*, specie quando il conguaglio è a carico dell'Amministrazione (Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Lombardia, n. 97/2014); viceversa l'esenzione parrebbe riconoscibile nei casi di conguaglio a carico del privato (Deliberazione Corte conti, sez. reg. contr. Lombardia, n. 162/2013). Sul punto si segnala come alcune pronunce abbiano evidenziato (sia per la permuta pura sia per la permuta con conguaglio a carico del privato) come sussista un preliminare obbligo in capo alle Amministrazioni di svolgere "adeguata istruttoria che documenti il valore degli immobili permutandi ed eventualmente evidenzi in termini la necessità di un conguaglio e le ragioni della congruità della sua determinazione" nonché di procedere alla verifica dell'effettiva parità di prezzo "onde evitare un surrettizio depauperamento del patrimonio pubblico", dovendo far precedere la permuta "da un'adeguata stima degli immobili permutandi e da una rigorosa verifica della destinazione dell'immobile sostitutivo alla pubblica utilità" (Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Campania, n. 205/2014).

³⁵ Deliberazione Corte conti, Sez. reg. contr. Lombardia n. 310/2015/PAR. La transazione, nell'ambito della quale l'ente locale acquisisce un bene immobile, è un'operazione più complessa, basata su valutazioni di convenienza economica ed amministrativa che vanno oltre il mero valore economico del bene immobile che verrà acquisito dall'ente locale, e che coinvolgono anche le pro-

In tutti questi casi non si assiste allo scambio di una cosa verso un prezzo, e quindi non si realizzano “effetti finanziari”, bensì meccanismi finalizzati a cercare un “riequilibrio” nelle finanze dell’ente.

Risulta dunque evidente che, nel caso di specie, la compensazione giudiziale in quanto diretta ad evitare un grave pregiudizio per l’erario, rappresentato dall’inesigibilità del credito a seguito della procedura fallimentare nei confronti del debitore, consente di non aumentare l’ammontare dei residui attivi inesigibili o di dubbia esigibilità e quindi di non peggiorare l’equilibrio di bilancio, incrementando, viceversa, la consistenza patrimoniale dell’ente.

In questa prospettiva sarebbe pertanto irragionevole invocare l’applicazione di norme finalizzate al contenimento della spesa per un’operazione che è invece volta ad individuare una “diversa modalità di pagamento del credito in natura anziché in denaro”.

Peraltro la compensazione, ai sensi dell’art. 1241 e ss. del codice civile e dell’art. 56 della legge fallimentare, non è annoverabile tra i negozi traslativi, ma si configura come un modo di estinzione delle obbligazioni, fondato sul presupposto dell’esistenza di rapporti creditorî reciproci tra due soggetti. Ragione per la quale l’operazione proposta dal Tribunale, vale a dire l’assegnazione soddisfattiva di un immobile del debitore al fine di soddisfare i crediti tributari di questo nei confronti del Comune, più che a una compravendita o all’istituto della compensazione (non realizzandosi il presupposto della contemporanea sussistenza di due rapporti di credito certi ed esigibili), sembrerebbe assimilabile all’istituto della *datio in solutum* (1197 c.c.), ossia all’istituto della dazione in pagamento o prestazione in luogo di adempimento, che si sostanzia sempre in una estinzione dell’obbligazione alternativa all’adempimento e che, in nessun modo, sarebbe in grado di impattare sulle finanze dell’ente.

Quest’ultima prospettazione appare peraltro la più coerente rispetto alla finalità dell’operazione da realizzarsi, non tanto nell’effetto traslativo della proprietà del bene per necessità funzionali dell’ente locale, quanto piuttosto perché consente di non dichiarare inesigibile il credito vantato dal Comune nei confronti del fallito.

babilità di vittoria del contenzioso in essere, nonché considerazioni sulla portata e sulla rilevanza degli interessi pubblici. La transazione non si presta, per sua natura, ad essere assoggettata alle limitazioni e ai vincoli contenuti nel comma 1 *ter* dell’art. 12 del d.l. n. 98 del 2011. L’acquisto di un bene immobile, infatti, potrebbe essere non strettamente indispensabile ed indilazionabile e, tuttavia, altamente conveniente nel quadro transattivo complessivo. La Sezione osserva, altresì, come, assoggettare gli accordi transattivi, nell’ambito dei quali vi siano trasferimenti di beni immobili a favore della pubblica amministrazione, all’applicazione dell’art. 12, comma 1 *ter*, ed ai relativi limiti e vincoli, possa produrre effetti contrari al raggiungimento degli stessi obiettivi di contenimento finanziario che la norma in questione vuole perseguire. L’applicazione ai contratti di transazione, infatti, potrebbe impedire il raggiungimento di accordi economicamente convenienti, esponendo l’amministrazione al rischio dell’accoglimento giudiziale delle pretese di controparte.

Si può, quindi, concludere che l'interpretazione data dalla Sezione di controllo, secondo la quale il divieto di nuovi acquisti non deve estendersi fino a ricomprendere al suo interno qualsivoglia operazione che prevede l'acquisizione di un immobile nel patrimonio di un ente locale, ma deve essere circoscritto ai soli contratti che determinano un onere di spesa a carico dell'ente, appare la più coerente non soltanto con le stesse finalità di contenimento della spesa che l'art.12 intende perseguire, ma anche con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa.

Infatti l'amministrazione ha l'obbligo di perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico, in modo che vi siano coerenza e congruità tra l'azione amministrativa e il fine perseguito. Il che porta ad affermare che l'amministrazione non può applicare meccanicamente le norme sulla c.d. *spending review* immobiliare, ma deve eseguirle necessariamente in coerenza con i parametri della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'adeguatezza in ragione del perseguimento di una sana gestione finanziaria.

È evidente che operazioni del genere, per le implicazioni finanziarie e politiche che comportano, richiedono da parte delle amministrazioni una capacità di valutazione che si presenta giuridicamente ancor più complessa nei casi in cui tali operazioni interessino debiti tributari o *extra* tributari pregressi, posto che in tali casi i debiti o sono già iscritti in bilancio come residui attivi da incassare (entrate) o sono iscritti nel Fondo crediti di dubbia esigibilità. In entrambi i casi rappresentano comunque un valore contabile negativo che ha effetti sul bilancio dell'ente, e che può essere determinato o da una oggettiva difficoltà come nel caso del fallimento del debitore, o da una inerzia dell'amministrazione a riscuotere tali entrate. In questo secondo caso è evidente che la mancata riscossione dell'entrata può configurare possibili responsabilità erariali di amministratori e dipendenti degli enti locali.

Chiaro è che l'acquisizione del bene al patrimonio dell'ente non è sufficiente a risolvere di per sé la situazione di squilibrio economico-finanziario, posto che l'acquisizione di un bene immobile porta con sé la necessità di spese future per la sua manutenzione. Spese, quelle di manutenzione, ugualmente oggetto di stringenti politiche di *spending review*. Quale dunque la soluzione?

Indubbiamente l'interpretazione data dalla Sezione regionale di controllo per il Piemonte nel parere n. 125 del 2018, costituisce una soluzione plausibile al problema contingente, ma è indubbio che al di là del caso specifico, sussiste un problema di carattere generale che è determinato dalla scarsità di risorse e dalle limitazioni alla spesa degli enti locali, difficilmente risolvibile nell'immediato.

Questo spiega le ragioni che hanno portato all'affermazione ed alla diffusione di modelli di amministrazione condivisa tra soggetti pubblici e soggetti privati per il perseguimento di attività di interesse generale, quale espressione del principio di sussidiarietà enunciato nell'art. 118 cost. in tutte le sue declinazioni

(verticale, orizzontale, territoriale ed anche finanziario). Modelli che hanno dato vita a istituti singoli come quelli disciplinati nel nuovo codice degli appalti, agli art. 189 e 190 (rispettivamente rubricati “interventi di sussidiarietà orizzontale” e “baratto amministrativo”), quali contratti di partenariato sociale finalizzati proprio alla “valorizzazione” di aree e beni immobili inutilizzati per finalità di interesse generale, ed anche ai c.d. patti di collaborazione per la cura dei beni comuni urbani³⁶. Istituti che potrebbero risolvere, almeno in parte, il problema della carenza di risorse pubbliche per la manutenzione degli immobili pubblici.

Naturalmente, se un ente locale, al pari di ogni altro ente pubblico, ricorre a soggetti terzi per raggiungere i propri fini, o più in generale per perseguire attività di interesse generale, e, conseguentemente, riconosce loro benefici di natura patrimoniale, questo deve adottare specifiche cautele, anche al fine di garantire l'applicazione dei principi di buon andamento, parità di trattamento e non discriminazione, cui sempre deve ispirarsi l'attività amministrativa.

4. *Riflessioni conclusive.*

Volendo prospettare alcune riflessioni su quanto sin qui analizzato, senza dubbio è possibile affermare che la delibera della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti n. 125 del 2018 rappresenta un esempio significativo di come la funzione consultiva della Corte dei conti possa essere di ausilio al buon andamento dell'azione amministrativa nella declinazione, introdotta dalla riforma costituzionale, di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico³⁷.

Si tratta di un ausilio che conferma come la Corte dei conti nell'espletamento delle sue funzioni (consultiva, di controllo e di giurisdizione) abbia assunto, nel nuovo contesto costituzionale, un ruolo di “interprete naturale” della “dinamicità della contabilità pubblica”³⁸.

Ed infatti, come ha sottolineato di recente la Corte costituzionale, “il principio dell'equilibrio di bilancio (sancito dalla riforma costituzionale del 2012) non corrisponde ad un formale pareggio contabile, essendo intrinsecamente collegato alla continua ricerca di una stabilità economica di media e di lunga durata, nell'ambito

³⁶ Per approfondimenti sia consentito rinviare a V. MANZETTI, *Baratto o baratti amministrativi. Una questione da dirimere*, in *amministrazioneincammino*, 2018.

³⁷ Cfr. G. COLOMBINI, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *www.federalismi.it*, n. 12 del 2017.

³⁸ Ruolo di ausilio di cui c'è riscontro anche nel nuovo codice della giustizia contabile, che riconosce ai pareri una valenza probatoria di “esimente” ai fini dell'accertamento da parte del giudice della sussistenza o meno della gravità della colpa nell'ambito dei giudizi di responsabilità erariale e nelle ipotesi di archiviazione (art.69, c. 2, ed art. 95, c. 4, d.lgs. n.174/2016).

della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse...³⁹.

Pertanto la compensazione giudiziale a fronte di crediti chiaramente inesigibili, si inserisce a pieno titolo in questa dimensione dinamica delle regole di contabilità pubblica.

Peraltro il legislatore è sempre intervenuto per ridurre il fenomeno patologico dei residui (attivi e passivi), ma soltanto di recente è riuscito a delineare, anche grazie alla riforma costituzionale del 2012, un “*corpus* normativo” in grado di mettere sotto controllo il fenomeno sia in termini finanziari che in termini contabili⁴⁰.

A venire in rilievo, in primo luogo, è l'introduzione del principio della competenza finanziaria potenziata che richiede rispetto al passato la registrazione contabile delle obbligazioni giuridiche in considerazione della loro esigibilità e prevede che tutte le obbligazioni giuridiche, attive e passive, che danno luogo ad entrate e spese per l'ente, devono essere registrate nelle scritture contabili soltanto quando l'obbligazione è perfezionata, con imputazione all'esercizio in cui l'obbligazione viene a scadenza. In tal modo si è cercato di avvicinare (effettivamente) il criterio della competenza a quello della cassa e quindi di agevolare una progressiva riduzione dei residui.

In secondo luogo, per dare effettività alla c.d. contabilità potenziata, si sono istituiti il c.d. fondo pluriennale vincolato e il c.d. fondo crediti di dubbia esigibilità, tutti tendenti a gestire ed a limitare il fenomeno dei residui. Ed infatti il fondo pluriennale vincolato serve a rendere evidente la distanza intercorrente temporalmente tra l'acquisizione delle fonti di finanziamento e l'effettivo impiego delle risorse, e deve essere costituito da risorse accertate destinate al finanziamento di obbligazioni passive dell'ente già impegnate, ed esigibili in esercizi successivi a quello in cui è accertata l'entrata. Mentre il c.d. fondo crediti di dubbia esigibilità è volto ad impedire l'utilizzo di entrate di dubbia e difficile esazione nell'esercizio, a copertura di spese esigibili nel medesimo esercizio, sostanziosamente in un accantonamento obbligatorio (al fondo crediti di dubbia esigibilità) nel bilancio di previsione, vincolando una quota dell'avanzo di amministrazione⁴¹.

È dunque evidente che le norme di *spending review*, concepite nell'ottica del formale pareggio di bilancio garantito da vincoli e limitazioni alla spesa corrente e di investimento, trovano ora nelle nuove regole che disciplinano la contabilità degli enti territoriali, un contesto dinamico in cui i “vincoli e le limitazioni” devono guardare anche a soluzioni che ne garantiscano il rispetto. E certamente la soluzione prospettata della compensa-

³⁹ Corte costituzionale n.18 del 2019.

⁴⁰ Cfr. d.lgs. n.118 del 2011.

⁴¹ L'accantonamento al fondo crediti di dubbia esigibilità non è, quindi, oggetto di impegno, e genera un'economia di bilancio che confluisce nel risultato di amministrazione come quota accantonata. Ciò comporta che se il risultato di amministrazione non presenta un importo sufficiente a comprendere il Fondo, per tale quota si registra un disavanzo che deve essere applicato al bilancio di previsione in corso di gestione. Fino a quando il fondo crediti di dubbia esigibilità non risulta adeguato non è possibile utilizzare l'avanzo di amministrazione.

zione giudiziale a fronte di un credito praticamente inesigibile, ben si colloca nell'ambito di una azione amministrativa espressione di quel principio (art. 97 cost.) "che guarda al funzionamento complessivo del sistema amministrativo e ai risultati (anche in termini finanziari) che tale sistema produce nell'interesse della collettività"⁴².

Come pure va vista in positivo la funzione consultiva della Corte dei conti che può sicuramente costituire un ausilio per l'ente locale, quando questo debba decidere su questioni complesse di contabilità, come è quella che ha dato spunto a queste riflessioni, in quanto consente all'amministrazione interessata di essere messa nelle condizioni di evitare soluzioni non funzionali ad una sana gestione⁴³.

Resta ovviamente sullo sfondo il problema spinoso, sollevato anche di recente dalla Corte costituzionale, della tendenza a perpetuare nel tempo il *deficit* strutturale attraverso procedure di riequilibrio procrastinate in modo irragionevole (trenta anni) con il risultato di rendere necessarie manovre finanziarie restrittive sulle fasce deboli della popolazione⁴⁴ e di gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future⁴⁵.

Tutti aspetti che non possono essere più trascurati dalle politiche di bilancio e che richiedono alle amministrazioni tutte, di considerare gli effetti che scelte, comportamenti, decisioni possono determinare per il futuro, specie "quando questi effetti hanno un impatto potenzialmente irreversibile e tale da compromettere la conservazione e la trasmissione alle generazioni future di beni, risorse, condizioni di vita che noi stessi riteniamo essenziali"⁴⁶.

⁴² Cfr. sul punto V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione*, Milano, 2015, 35 ss.

⁴³ Cfr. G. COLOMBINI, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, op. cit., 19. Specificamente guardando al ruolo della funzione consultiva e, in particolare, dei pareri delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti occorre tener presente i limiti soggettivi ed oggettivi. Ebbene per limiti soggettivi si intendono quelli concernenti i soggetti legittimati a richiedere i pareri, mentre per limiti oggettivi, quelli relativi alla inerenza del quesito alla materia di contabilità pubblica. Sotto il profilo soggettivo, la legittimazione ad avvalersi della funzione consultiva è stata circoscritta dal legislatore all'organo legislativamente investito della rappresentanza legale dell'ente medesimo ed individuabile, di regola, nel Presidente della Giunta regionale, nel Sindaco e nel Presidente della Provincia. Nel caso di richieste provenienti da enti locali le richieste di pareri possono essere trasmesse di norma e se istituito dal Consiglio delle autonomie locali (CAL). Il limite oggettivo si presenta come più complesso in quanto impone due ordini di valutazioni. La prima concernente la riconducibilità del quesito alla materia della "contabilità pubblica", la seconda concernente invece il *modus* in cui gli enti locali formulano la richiesta di parere che deve avere i caratteri della "generalità e astrattezza", proprio al fine di evitare che il parere si trasformi in una indicazione di amministrazione attiva non rientrante nelle competenze di un organo esterno e di garanzia come è appunto la Corte dei conti.

⁴⁴ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 2015, Id. sentenza n.6 del 2019.

⁴⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 2019. La Corte ha dichiarato incostituzionale l'art.1, comma 714 della legge n. 208 del 2015 come sostituito dall'art.1, comma 434 della legge n.232 del 2016 che prevedeva la rimodulazione del piano di riequilibrio in trenta anni.

⁴⁶ A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future*, Napoli 2017, 308.

Abstract

Spending review, public real estate and “judicial compensation”. Reflections about the assumptions of Italian Court of Auditors

by Vanessa Manzetti

The research work starting from the arguments carried out by the Regional Control Section for Piemonte of the Court of Auditors regarding the relationship between policies of public real estate spending review and “judicial compensation” (opinion No. 125 of 2018) is aimed at presenting some reflections on how the advisory function of the Court of Auditors may be of help to the good performance of the administrative action as introduced by the constitutional reform of 2012, which introduced budget balance and sustainability of public debt (articles 81, 97, 117, 119). On a methodological level the paper will start a reflection on the ratio underlying the measures of public real estate spending review, to then proceed to a re-reading of the spending review policies in the new constitutional context, considering that these, having any way reflected on the budget of the institution, must be placed within the constitutional reform of 2012. Finally, this will lead to investigate the role assumed by the Court of Auditors in the performance of its functions (consultative, control and jurisdiction) as a “natural interpreter” of the dynamism of public accounting.

Organizzazione e diritto alla salute, alla prova della regionalizzazione e dell'aziendalizzazione dei servizi sanitari

di Caterina Ventimiglia

SOMMARIO: 1. Introduzione sul diritto alla salute e sull'organizzazione sanitaria, tra uniformità delle prestazioni e fenomeni di differenziazione regionale. – 2. L'obiettivo dell'uniformità territoriale alla prova di alcune evidenze empiriche. – 3. L'uniformità territoriale a confronto con la regionalizzazione e l'aziendalizzazione del servizio sanitario. – 3.1 Il sistema amministrativo di *governance multilevel* dei LEA. – 3.2 Regole di finanziamento e uniformità territoriale. Fabbisogni e costi standard in sanità: la stagione attuativa inaugurata dal d. lgs. 6 maggio 2011 n. 68. – 3.3. Differenze territoriali e disuguaglianze di salute. Conclusioni.

1. *Introduzione sul diritto alla salute e sull'organizzazione sanitaria, tra uniformità delle prestazioni e fenomeni di differenziazione regionale*

A far data dall'inserimento dei diritti sociali, e, tra questi, del diritto alla salute, nelle Costituzioni europee del Novecento, gli studi dedicati alla natura giuridica della pretesa che in essi si esprime hanno caratterizzato uno spazio di ricerca multidisciplinare, nel quale è stato affrontato il tema del fondamento e della natura giuridica di tali diritti ed il profilo della loro effettività¹.

Si tratta di un dibattito ancora vivo ed inesauribile, che prende a sua volta contenuto anche dagli schemi e modelli giuridici che cercano di interpretare l'attuale crisi dei sistemi nazionali di Welfare, alla luce dell'asse tematico dei diritti sociali che si è ormai definitivamente spostato sul tema (emergenziale) della

¹ Nel vastissimo dibattito in ordine alla definizione della natura giuridica ed al contenuto d'esercizio dei diritti sociali in relazione all'organizzazione ed al finanziamento delle relative prestazioni pubbliche, anche nella lettura del rapporto di connessione tra dimensione nazionale ed europea dei diritti sociali, sia consentito il rinvio, anche per i riferimenti bibliografici, ai più recenti contributi in P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, a cura di, P. BILANCIA numero speciale in *Federalismi.it*, n. 4/2018, 3 ss.; AA. VV., *Giuristi e Stato sociale*, in *Quaderni fiorentini della storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2017; S. CIVITARESE MATTEUCCI, S. HALLIDAY, a cura di, *Social rights in Europe in an age of austerity*, Abingdon on Thames, Routledge, 2017, che approfondisce cinque dimensioni nazionali (Regno Unito, Francia, Germania, Italia e Spagna); inoltre, A. PIOGGIA, A. BARTOLINI, a cura di, *Le cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016; S. GAMBINO, a cura di, *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, a cura di, A. DE BIASE, Roma, 2014, 275 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, 2012, Bologna.

loro dequotazione empirica, che viene prevalentemente indagata in rapporto al bilanciamento con altri diritti ed alle questioni complesse sottese alle sostenibilità finanziarie.

Più di recente, infatti, assume rilievo la questione della composizione della relazione giuridica tra due elementi eterogenei, ossia tra le risorse economiche disponibili per il finanziamento della spesa sociale e l'effettività di tali diritti, in termini di condizionamento ammissibile delle prime sui secondi, che risulterebbero quali "diritti finanziariamente condizionati" al cospetto dei contenuti possibili dell'organizzazione pubblica dei servizi e delle prestazioni², nei limiti segnati dalla stagione, ormai strutturale e globale, di crisi fiscale ed economico-finanziaria dell'Unione europea, degli Stati e delle pubbliche amministrazioni³.

Come noto, nella letteratura giuridica, accanto a diritti immediatamente azionabili (al pari delle libertà fondamentali) ossia i diritti sociali che si esprimo-

² In termini generali, sull'influenza delle dinamiche organizzative e finanziarie nelle politiche di garanzia dei diritti sociali e sulla ricostruzione delle matrici dell'antica e perdurante crisi dei modelli di welfare connotati da frammentarietà e incompletezza della disciplina degli interventi e delle tutele, v. i contributi sempre attuali di M. S. GIANNINI, *Stato sociale una nozione inutile*, in *Il Politico*, 1977, 205 ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 757 ss.; S. CASSESE, *L'incompletezza del Welfare State in Italia*, in *Pol. Dir.*, 253 ss.; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 28 ss.; ID., *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Dir. economia*, 2012, 483 ss.; G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, II, Milano, 1983, 1081 ss.; E. BOSCOLO, M. CAFAGNO, *Lo "Stato dispensatore": le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, a cura di, Napoli, 2006, 85 ss.; R. PEREZ, *Fiscal compact e tutela dei diritti sociali*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2013, 107 ss.; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2014; ID., *Crisi economica, decisioni finanziarie, ed istituzioni democratiche nazionali. Considerazioni di sintesi*, in *www.federalismi.it*, n. 26/2016; G. M. CARUSO, *Diritti sociali, risorse e istituzioni: automatismi economici e determinismo politico di un sistema complesso*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2016; L. MERCATI, *Fiscal compact: doveri dello Stato e diritti di cittadinanza al tempo dell'equilibrio di bilancio*, in *Le cittadinanze amministrative*, A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, a cura di, cit., 375 ss.; P. CARETTI, G. TARLI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017.

³ Per un approfondimento della dimensione europea della crisi economica e del suo impatto anche sui diritti sociali, anche nella prospettiva che considera tali diritti uno dei più rilevanti percorsi inattuati per l'integrazione europea, v. i contributi in P. BILANCIA, a cura di, *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, cit.; L. TORCHIA, a cura di, *L'Unione europea in crisi, Quaderni della Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, ed. in particolare, la riflessione di M. D'ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, 145 ss.; S. GIUBBONI, *Stato sociale ed integrazione europea. Una rivisitazione teorica*, in AA. VV., *Giuristi e Stato sociale*, cit., 553 ss.; A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2017; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 84 ss. Sul recente rilancio della politica sociale dell'Unione europea e sul ruolo degli Stati membri, a seguito dell'approvazione dell'*European Pillar of social rights*, v. J. LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali dopo il social summit di Göteborg: rafforzamento o impoverimento?*, in *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, cit., 49 ss.; M. MATSAGANIS, *Il futuro dell'Europa sociale*, in *Il Mulino*, n. 1/2018, 165 ss.; inoltre, sia consentito il rinvio a C. VENTIMIGLIA, *Diritti sociali, istituzioni, risorse e la sfida dell'effettività*, in corso di pubblicazione in *Ragion pratica*, 1, 2019.

no, appunto, mediante una *facultas agendi* del titolare, hanno assunto rilievo ed una distinta connotazione quei diritti che presuppongono – per il loro concreto esercizio – un intervento normativo del legislatore e, mentre alcuni di questi necessitano di un intervento legislativo solo per la definizione e la selezione del soggetto titolare, altri richiedono la definizione anche dell’oggetto stesso del diritto, ossia del contenuto della prestazione organizzata e dovuta dalle amministrazioni, che rende effettivo, concreto il diritto nell’atto d’esercizio correlato al bisogno sociale ed al bene della vita protetto⁴.

In particolar modo, questa è la struttura del diritto alla salute⁵, che s’impernia sulla garanzia costituzionale sancita nell’art. 32 Cost. e sui compiti di benes-

⁴ Sulla tradizionale distinzione definitoria tra diritti fondamentali e diritti sociali, *ex multis*, v. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 757 ss.; A. BALDASSARE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; A. GIORGIS, voce *Diritti sociali*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, 1903 ss.; M. BENVENUTI, voce *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, V, 2012, 219.

⁵ Nella sterminata letteratura sul diritto alla salute, anche per i riferimenti bibliografici, v. C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, ora in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 433 ss.; D. VINCENZI AMATO, Art. 32, 2° comma, in *Comm. Cost. Branca*, Roma-Bologna, 1976, 167 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 31 ss.; R. ROMBOLI, Art. 5, in *Comm. Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1988, 225 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 2 ss.; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997, 513 ss.; ID., *L’ordinamento della Sanità*, Torino, 2007; ID., a cura di, *Salute e Sanità*, Milano, 2010; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Milano, 1998; N. AICARDI, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, a cura di, S. CASSESE, Milano, 2003, 625 ss.

In particolare, sull’evoluzione – in direzione aziendalistica – dell’organizzazione del servizio sanitario e sull’avvento della clausola costituzionale dei livelli essenziali, v. V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio Sanitario Nazionale: dall’uniformità all’appropriatezza*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2018; M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza*, ivi, Osservatorio di diritto sanitario, 2017; C. TUBERTINI, *Cinquant’anni di organizzazione sanitaria: dall’uniformità alla differenziazione, e ritorno*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 718 ss.; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di, R. BALDUZZI, G. CARPANI, Bologna, 2013, 32 ss.; C. BOTTARI, F. FOGLIETTA, L. VANDELLI, a cura di, *Welfare e servizio sanitario: quali strategie per superare la crisi*, Rimini, 2013; E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA, a cura di, *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, ed, in particolare, i contributi di C. MARZUOLI, *Uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, 1 ss.; di M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e regioni*, 9 ss.; di F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, 35 ss.; di A. PIOGGIA, *La gestione della sanità fra pubblico e privato: funzione pubblica e organizzazione privata delle Aziende sanitarie*, 57 ss.; di B. CARAVITA DI TORITTO, *Salute e federalismo fiscale*, 75 ss.; inoltre, G. PASTORI, *Diritti della persona e interesse della collettività nel servizio sanitario nazionale*, in ID., *Scritti scelti*, I, 2010, 228 ss.; ID., *Autonomia e responsabilità nel sistema sanitario*, ivi, II, 2010, 718 ss.; inoltre, A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, a cura di, *Oltre l’aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008; B. PEZZINI, *Diritto alla salute e all’assistenza tra tensione all’uniformità e logiche di differenziazione*, in *Sanità ed assistenza dopo la riforma del Titolo V*, a cura di R. BALDUZZI, G. DI GASPARO, Milano, 2002, 105 ss.

sere e progresso sociale dello Stato⁶, indirizzati alla protezione della salute quale diritto fondamentale ed interesse della collettività⁷ e, dunque, sulla discendente responsabilità pubblica relativa all'individuazione del nucleo fondamentale del diritto alla salute in termini di prestazioni sanitarie disciplinate, organizzate e finanziate.

Nella ricostruzione relativa all'evoluzione amministrativa del modello orga-

⁶ Sui compiti di benessere e di progresso sociale dello Stato, sia consentito richiamare la lucida e sempre attuale riflessione di G. D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Parma, 1814, richiamata anche da A. CROSETTI, *Il Servizio sanitario. Profili organizzativi*, in *Salute e sanità*, cit., 153, secondo il quale «Lo Stato dev'essere una grande educazione e una grande tutela, esso deve comprendere tra i suoi uffici più importanti la difesa della "sanità pubblica" estendendo la sua azione ai metodi preventivi atti ad allontanare i morbi, onde la società e gli individui sono sì frequentemente travagliati, e tendere al perfezionamento fisico, morale e intellettuale degli individui stessi, così da renderli più vigorosi, più resistenti e moralmente migliori, allontanandoli da quei veleni sociali, che finirebbero per compromettere la loro fibra e anche la loro esistenza. Di qui, scaturisce l'esigenza che, per l'esercizio della tutela sanitaria delle popolazioni, lo Stato deve, con la sua attività, permeare tutta intera la vita sociale e, quante volte il bene generale sia per essere contrastato da interessi egoistici, sta alla volontà sociale di imporsi. È precisamente la legislazione sanitaria che appresta, in diritto, i mezzi per tale importante e benefica azione».

Sui primi svolgimenti della legislazione sanitaria, v. i contributi di F. CAMMEO, *Principi generali, fonti ed organi dell'amministrazione sanitaria*, in *Sanità pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da V. E. ORLANDO, Milano, 1905; F. CAMMEO, C. VITTA, *I singoli obiettivi dell'amministrazione sanitaria*, in *Sanità pubblica*, cit., IV, 213 ss.; S. GIANZIANA, *La legge sulla sanità pubblica*, Torino, 1881; A. PETRAGNANI, *La legislazione sanitaria e l'amministrazione sanitaria viste dal punto di vista storico*, in *Nuova Rass.*, 1953, 1517 ss.; L. GIANNICO, *Amministrazione sanitaria: storia*, in *Dizionario di diritto sanitario*, a cura di M. S. GIANNINI, G. DE CESARE, Milano, 1984, 73 ss.

In generale, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, v. l'approfondimento dell'evoluzione storica della disciplina dell'organizzazione sanitaria e delle prestazioni garantite in A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, cit., 153 ss. Recentemente, il contributo di V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale*, cit., 2 ss.

⁷ Sul valore della tutela della salute quale interesse individuale e, al contempo, interesse della collettività, ossia sulla salute considerata anche quale bene sociale, sempre attuale la riflessione di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, I, 1958, 152 ss., laddove evidenzia che «Nessun bene della vita presenta così chiaramente uniti l'interesse individuale e l'interesse sociale, come quello della salute, cioè del benessere fisico che proviene all'uomo dalla perfetta armonia di tutti gli elementi che costituiscono il suo organismo e dal perfetto loro funzionamento. Per l'individuo la salute è il presupposto e la condizione indispensabile di ogni attività economica o speculativa, di ogni godimento materiale o intellettuale. Lo stato di malattia non solo costituisce la negazione di tutti questi beni, ma rappresenta anche un pericolo, più o meno prossimo, per l'esistenza stessa dell'individuo e, nei casi più gravi, la causa determinante della morte. Per il corpo sociale, la salute dei propri componenti è la condizione indispensabile della sua conservazione, della sua difesa interna ed esterna, del benessere generale, di ogni progresso materiale, morale e politico. Le persone affette da malattia rappresentano un onere e un pericolo continuo per la società: un onere, in quanto non recano ad essa nessun contributo di lavoro ed esigono cure ed assistenza che impegnano mezzi economici ed attività di altre persone; un pericolo per la possibilità della comunicazione del morbo ad altri soggetti e, in alcuni casi, al suo rapido propagarsi in forma epidemica».

nizzativo costruito sul doppio binario del Servizio Sanitario Nazionale e dei Servizi Sanitari Regionali, i livelli regionali di governo si rivelano fondamentali nella legislazione sanitaria antecedente alla formula costituzionale introduttiva della competenza legislativa statale relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m) Cost. e della competenza concorrente tra Stato e Regioni nella materia della tutela della salute (art. 117, comma 3 Cost.)⁸.

Infatti, uno dei profili più qualificanti della riforma sanitaria introdotta a far data dal d. lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 – anche nel successivo intervento correttivo di cui al d. lgs. 19 giugno 1999 n. 229 ed attuata anche dal d. lgs. 31 marzo 1998 n. 112 – è identificato nella scelta «di dislocare in modo massiccio ogni più rilevante competenza, di gestione e di amministrazione attiva, nell'area delle attribuzioni regionali, con il contestuale sacrificio del ruolo giocato dai comuni che la legge 23 dicembre 1978 n. 833 (istitutiva del S.S.N.) aveva invece posizionato al centro del sistema»⁹.

⁸ Sull'ampio e mai esaurito dibattito sui livelli essenziali di assistenza nella materia della sanità alla luce dell'evoluzione normativa e della giurisprudenza successive alla modifica costituzionale del 2001, anche per i puntuali riferimenti bibliografici, v. V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni in sanità*, in *Salute e sanità*, cit., 445 ss.; più recentemente, V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale*, cit., 2 ss., nella cui riflessione, in particolare, l'uniformità non è riconosciuta quale predicato dei livelli di assistenza ma un obiettivo della costruzione dell'organizzazione del SSN (l. n. 833/1978) e l'omessa menzione in Costituzione induce l'A. a ritenere che l'uniformità delle prestazioni non rappresenti una necessità costituzionale, mentre il predicato dell'essenzialità connota i livelli di assistenza a far data dall'art. 59, comma 50 della l. 27 dicembre 1997, n. 449, dal primo Piano sanitario nazionale 1998-2000, dal d. lgs. n. 229/1999, fino all'art. 1 del d. lgs. n. 502/1992, ed alla successiva definizione dei LEA con d. p. c. m. 29 novembre 2001, con d. p. c. m. 5 marzo 2007 e, recentemente, con d. p. c. m. 12 gennaio 2017.

⁹ Cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., 131. Più recentemente, F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 35 ss.

Il riferimento è alla disciplina di cui all'art. 1, comma 13, e all'art. 2, commi 1 e 2 del d. lgs. n. 502/1992 s. m. i.: «Le Regioni adottano il Piano sanitario regionale, definito quale piano strategico degli interventi per gli obiettivi di salute ed il funzionamento dei servizi in modo da soddisfare le esigenze specifiche della popolazione di riferimento nel quadro degli obiettivi di salute del PSN» (art. 1, comma 13); «Spettano alle regioni ed alle province autonome, nel rispetto dei principi stabiliti dalle leggi nazionali, le funzioni legislative ed amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera. Spettano in particolare alle regioni la determinazione dei principi sull'organizzazione dei servizi e sull'attività destinata alla tutela della salute e dei criteri di finanziamento delle USL e delle aziende ospedaliere, le attività di indirizzo tecnico, promozione, supporto nei confronti di tali enti anche in relazione al controllo di gestione e alla valutazione della qualità delle prestazioni sanitarie» (art. 2, commi 1 e 2).

È noto che, a Costituzione invariata, la riforma Bassanini ha attuato il conferimento in senso tecnico delle funzioni amministrative alle regioni ai sensi dell'art. 114 del d. lgs. n. 112/1998: «Sono conferite alle regioni (...) tutte le funzioni e i compiti amministrativi in tema di salute umana e sanità veterinaria, salvo quelli mantenuti alla Stato.»

Fin dall'origine, appare evidente che il riordino del Servizio Sanitario Nazionale è indirizzato a perseguire, da un lato, già il controllo ed il contenimento della spesa sanitaria e la migliore efficienza del servizio ma, dall'altro, anche l'equità distributiva, attribuendo alle regioni e alle province autonome la competenza in materia di programmazione e organizzazione dell'assistenza sanitaria e riservando allo Stato, in questa materia, la programmazione sanitaria nazionale, la determinazione di livelli uniformi di assistenza sanitaria e delle relative quote capitarie di finanziamento, «secondo misure tese al riequilibrio territoriale e strutturale, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano»¹⁰.

In particolare, attraverso distinte tappe normative – dalla richiamata stagione normativa segnata dal d. lgs. n. 502/1992, nel testo modificato prima dal d. lgs. 7 dicembre 1993 n. 517, e successivamente, dal d. lgs. n. 229/1999, fino al più recente d. l. 13 settembre 2012 n. 158, conv. in l. 8 novembre 2012 n. 189, modificato dalla legge 8 marzo 2017 n. 24 – si consolida una peculiare disciplina dell'organizzazione e del finanziamento del servizio sanitario, in ordine alla quale è possibile rilevare due fondamentali tratti distintivi.

Innanzitutto, viene in rilievo l'identificazione del Servizio Sanitario Nazionale quale sistema unitario, ma, al contempo, composito, ossia articolato sul modello distintivo dei servizi sanitari regionali¹¹.

Inoltre, sempre sul piano dell'organizzazione, è stabilita quella vincolante e imperitura correlazione tra la determinante finanziaria (ossia il complesso processo di distribuzione/riparto del finanziamento del servizio sanitario tra Stato e Regioni) ed i livelli essenziali delle prestazioni pubbliche individuate per l'attuazione del diritto alla salute.

Infatti, nella materia sanitaria, storicamente, tra i principi generali, si distingue quello in base al quale l'individuazione dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza deve essere effettuata “contestualmente” all'individuazione delle risorse finanziarie, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite nella programmazione economico-finanziaria del sistema di finanza pubblica¹².

¹⁰ Cfr. art. 1, comma 1, lett. c), della legge del 23 ottobre 1992, n. 421 (Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale).

¹¹ Cfr. art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 502/1992: «La tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività è garantita, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, attraverso il Servizio sanitario nazionale, quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale».

¹² Cfr. art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 502/1992: «L'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal Servizio sanitario nazionale, per il periodo di validità del Piano sanitario nazionale, è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico finanziaria».

In tale cornice, è noto che s'innesta la disciplina che introduce l'aziendalizzazione e l'autonomia imprenditoriale nella sanità¹³.

È modificata radicalmente la natura giuridica delle USL¹⁴, mediante la loro trasformazione in aziende con personalità giuridica pubblica ed autonomia imprenditoriale (amministrativa, organizzativa, patrimoniale, gestionale, tecnica), affidate alla responsabilità di risultato della nuova figura del direttore generale¹⁵.

L'atto aziendale di diritto privato¹⁶, di competenza del Direttore generale, è identificato quale statuto fondativo del potere di autorganizzazione e strumento essenziale posto al servizio della *governance* organizzativa e gestionale indirizzata all'efficienza e al miglioramento continuo dei servizi.

Le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza sono garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente». In tema, v. l'analisi dei modelli organizzativi sanitari considerati alla luce dei sistemi di finanziamento in A. PETRETTO, *Modelli economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 83 ss.; inoltre, il volume monografico di M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012, soprattutto 185 ss.; recentemente, T. FRITTELLI, *Spunti di riflessione sul sistema di finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, cit., 10 ss.

¹³ Sui distinti profili del processo di aziendalizzazione, tra i contributi più recenti, anche per i riferimenti bibliografici, v. A. PIOGGIA, *La gestione della sanità fra pubblico e privato: funzione pubblica e organizzazione privata delle aziende sanitarie*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 57 ss.; ID., *Razionalizzazione organizzativa in sanità: quali modelli*, in *Welfare e servizio sanitario: quali strategie per superare la crisi*, a cura di, C. BOTTARI, F. FOGLIETTA, L. VANDELLI, Rimini, 2013, 70 ss.; C. TUBERTINI, *Cinquant'anni di organizzazione sanitaria*, cit., 72 ss.; V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale*, cit., 2 ss.

¹⁴ Sul punto, nel vasto dibattito in dottrina, A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, cit., 170, evidenzia l'inadeguatezza dell'impianto originario della riforma istitutiva del SSN, da ricondurre alle USL: «proprio per l'ambiguità e debolezza della struttura nonché per le difficoltà del controllo gestionale e finanziario, hanno determinato le condizioni di una diffusa inefficienza e soprattutto una lievitazione insostenibile dei costi del sistema». In particolare, l'A. richiama i rimedi frammentari e contingenti (decretazione d'urgenza e leggi finanziarie) rivolti principalmente al controllo e alla riduzione della spesa sanitaria, evidenziando la stagione normativa ricompresa tra il 1986 ed il 1994 (l. 15 gennaio 1986, n. 4, l. 4 aprile 1991 n. 111, il d. lgs. n. 502 del 1992, il d. lgs. n. 517/1993, l. 24 dicembre 1994 n. 724 (legge finanziaria per il 1995) che segna anche la prima attuazione di una sosta di regionalizzazione mediante la sottrazione ai comuni e l'affidamento alle regioni del potere di vigilanza sulle USL, alla quale segue il trasferimento alle regioni di tutte le funzioni e compiti amministrativi in tema di salute e di sanità veterinaria di cui all'art. 114 del d. lgs. n. 112/1998.

¹⁵ Per un approfondimento, v. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., 176 ss.; F. LUNARDON, *La dirigenza sanitaria*, in *Salute e sanità*, cit., 325 ss.; A. PIOGGIA, *La gestione della sanità tra pubblico e privato*, cit., 59 ss.; ID., *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2018, 112 ss.

¹⁶ Sull'atto aziendale, v. A. PIOGGIA, *Il ruolo del top management e della dirigenza di linea in sanità: modelli di distribuzione del potere decisionale negli atti aziendali*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, cit., 71 ss.; L. VIAPPANI, *L'aziendalizzazione sanitaria e il ruolo dell'atto aziendale*, in *Sanità pubblica e privata*, 2008, 52 ss.; E. JORIO, *L'atto aziendale e i suoi contenuti*, *ivi*, 2006, 12 ss.; G. CILIONE, M. G. CAVALLARI, a cura di, *L'atto aziendale di organizzazione e funzionamento delle aziende sanitarie*, Bologna, 2002.

La stagione pattizia tra Stato e regioni interviene sulle modalità ed i criteri di riparto del Fondo Sanitario Nazionale relativo al finanziamento dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza, e sul rapporto tra programmazione sanitaria nazionale e regionale, ampliando le funzioni regionali relative al SSR¹⁷.

In questo tempo, che registra il richiamo costante ed urgente all'efficienza della Pubblica Amministrazione¹⁸, non è possibile sottrarre la materia sanitaria al confronto con tale principio-valore, che interseca in modo diretto sia la dimensione assai complessa e variegata dell'organizzazione del servizio sanitario che il sistema del suo finanziamento, segnando per questa via alcuni (fondamentali) indici rivelatori della reale soglia di effettività del diritto alla salute.

Sono molteplici le ragioni d'interesse che evidenziano il fondamento e l'utilità di tale direttrice d'indagine.

Bisogna rammentare che, tra i fondamentali obiettivi del Servizio Sanitario Nazionale, l'art. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 833/1978 aveva sancito – inserendolo in apertura dell'elencazione – quello di superare gli squilibri territoriali nelle condizioni socio-sanitarie del Paese¹⁹, in ossequio all'impegno della Repubblica di realizzare la promozione, il mantenimento ed il recupero della salute della popolazione, senza distinzione di condizioni individuali o sociali e

¹⁷ Recentemente, sulla declinazione del principio di leale collaborazione e sulla complessità dei rapporti Stato-Regioni in ordine ai Lea ed al sistema di finanziamento, anche per i riferimenti bibliografici, si rinvia a M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza*, cit., 12 ss.; T. FRITTELLI, *Spunti di riflessione sul sistema di finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale*, cit. 4 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Salute e Federalismo fiscale*, cit., 75 ss.; F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle regioni*, cit., 35 ss.; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, cit., 9 ss.; inoltre, v. M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del Servizio sanitario in Italia*, cit.

¹⁸ Sul tema dell'efficienza, per l'approfondimento dei profili evolutivi del dibattito, v. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016.

¹⁹ Cfr. art. 2, comma 2, legge n. 833/1978: «Il servizio sanitario nazionale nell'ambito delle sue competenze persegue: a) il superamento degli squilibri territoriali nelle condizioni socio-sanitarie del paese; b) la sicurezza del lavoro, con la partecipazione dei lavoratori e delle loro organizzazioni, per prevenire ed eliminare condizioni pregiudizievoli alla salute e per garantire nelle fabbriche e negli altri luoghi di lavoro gli strumenti ed i servizi necessari; c) le scelte responsabili e consapevoli di procreazione e la tutela della maternità e dell'infanzia, per assicurare la riduzione dei fattori di rischio connessi con la gravidanza e con il parto, le migliori condizioni di salute per la madre e la riduzione del tasso di patologia e di mortalità perinatale ed infantile; d) la promozione della salute nell'età evolutiva, garantendo l'attuazione dei servizi medico-scolastici negli istituti di istruzione pubblica e privata di ogni ordine e grado, a partire dalla scuola materna, e favorendo con ogni mezzo l'integrazione dei soggetti handicappati; e) la tutela sanitaria delle attività sportive; f) la tutela della salute degli anziani, anche al fine di prevenire e di rimuovere le condizioni che possono concorrere alla loro emarginazione; g) la tutela della salute mentale, privilegiando il momento preventivo e inserendo i servizi psichiatrici nei servizi sanitari generali in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione, pur nella specificità delle misure terapeutiche, e da favorire il recupero ed il reinserimento sociale dei disturbati psichici».

secondo modalità in grado di assicurare l'uguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio e, come noto, tale obiettivo non è mai stato recessivo nella legislazione sanitaria successiva, anzi traendo nuova linfa dalla formula costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., anche nell'interpretazione offerta dai giudici costituzionali²⁰.

Sul versante delle pubbliche amministrazioni, alla luce della stretta interdipendenza tra l'effettiva della prestazione ed il contesto amministrativo di riferimento, il profilo della doverosità dei livelli essenziali delle prestazioni, interpretati come doveri di servizio, esprime il dovere di predisposizione di tutte le condizioni di contesto (organizzative, finanziarie e di controllo) che rendano possibile l'esigibilità del diritto, su "tutto il territorio nazionale", clausola costituzionale che assegna al legislatore ed anche alle pubbliche amministrazioni l'obiettivo significativo dell'uguaglianza interterritoriale²¹.

La questione che si pone è di immediata percezione per il giurista e per l'uomo comune: se il diritto alla salute può essere definito il più importante tra i diritti sociali poiché la salute consiste nella precondizione dell'esistenza e dell'a-

²⁰ Limitatamente al diritto alla salute, è noto che il c.d. nucleo minimo dei diritti fondamentali elaborato dalla giurisprudenza della Corte è stato individuato, caso per caso, definendo a concorrere i limiti d'intangibilità, il nocciolo duro, l'imposizione di un confine impenetrabile alla discrezionalità legislativa, seppure mossa dalle esigenze di equilibrio della finanza pubblica a far data dalla nota sentenza n. 304 del 15 luglio 1994. Nella stagione successiva, in ordine all'evoluzione della tecnica argomentativa del bilanciamento degli interessi per delimitare gli spazi del costituzionalmente dovuto, riguardo al rapporto tra risorse finanziarie e diritto alla salute, il tema delle risorse finanziarie non è più esterno al bilanciamento degli interessi costituzionali, ma inaugura la stagione interpretativa del bilanciamento asimmetrico tra diritti ed esigenze finanziarie e/o risorse disponibili, ossia tra beni non di egual grado e natura (8 marzo 2005 n. 111, 13 giugno 2008 n. 203). Sul rilievo della recente sent. n. 275 del 16 dicembre 2016, al centro del dibattito per l'identificazione del contenuto dell'invulnerabilità del diritto che si esprime anche attraverso prestazioni necessarie e funzionali a rendere effettive le situazioni di diritto sancite sul piano costituzionale (nel caso di specie, in ordine alla disciplina del servizio di trasporto scolastico e di assistenza come strumentali all'effettività del diritto all'istruzione dei disabili) e sulla portata estensiva della tecnica argomentativa della Corte, applicabile anche al diritto della salute, anche per gli ampi riferimenti bibliografici comprensivi dei contributi al dibattito successivo alla costituzionalizzazione del pareggio di bilancio, *ex multis*, v. S. BARBARESCI, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessioni a partire dal diritto alla salute*, in www.federalismi.it, n. 13/2018, 16 ss.; A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, *ivi*, n. 10/2017, 2 ss. In generale, sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, v. R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e sanità*, cit., 3 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2016, 1 ss.; A. MORRONE, F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, 2013, 9 ss. Inoltre, v. *infra* nota 42.

²¹ In questa prospettiva, approfondisce la clausola costituzionale dei livelli essenziali ed uniformi, valorizzando la garanzia costituzionale dell'uguaglianza interterritoriale, C. TUBERTINI, *Cinquant'anni di organizzazione sanitaria*, cit., 76 ss.

gire dell'uomo nell'ordinamento e nella società²², allo stesso tempo, può considerarsi il più fragile, in considerazione non soltanto delle dirette violazioni che possono scaturire dall'inefficienza delle prestazioni pubbliche che dovrebbero garantirlo, ma, altresì, delle disuguaglianze che si manifestano nelle differenze e negli squilibri territoriali che segnano i distinti profili dell'organizzazione e del finanziamento dei Servizi Sanitari Regionali.

In questi termini, l'indagine che si propone intende analizzare le criticità che assumono rilevanza nelle differenziazioni che attengono alla dimensione organizzativa del servizio e del suo finanziamento, nell'idea che è il profilo, assai complesso e variegato, dell'organizzazione²³, che incide in modo prevalente e sostanziale sul contenuto delle prestazioni che rendono effettivo il diritto alla salute.

2. *L'obiettivo dell'uniformità territoriale alla prova di alcune evidenze empiriche.*

A distanza di quarant'anni dall'Istituzione del SSN, la valutazione dei risultati o, meglio, il rilievo di alcune evidenze empiriche, sembra mostrare il parziale e inadeguato conseguimento dell'obiettivo dell'uniformità territoriale che, ponendo in discussione l'effettività del diritto alla salute, impegna l'interprete ad affrontare nuove analisi in ordine agli effetti distorsivi e/o mancati della regionalizzazione e dell'aziendalizzazione in materia di sanità.

Innanzitutto, vengono in rilievo i dati e le informazioni riportati nel documento finale "Monitoraggio dei LEA attraverso la cd. Griglia LEA. Metodologia e risultati dell'anno 2016", pubblicato dal Ministero della Salute nel luglio 2018²⁴,

²² Riprende questa definizione del diritto alla salute presente nel dibattito, nelle premesse del suo contributo L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, cit., 2.

²³ Nella materia della sanità, valorizza e richiama la dimensione dell'organizzazione come "disciplina della sostanza delle prestazioni", anche riferendosi al pensiero di G. Berti, di G. Pastori, di M. Nigro, la riflessione di C. MARZUOLI, *Uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, cit., 2.

²⁴ Il documento è stato elaborato dall'Ufficio VI della Direzione generale della Programmazione sanitaria del Ministero della Salute. Come noto, in ordine al procedimento di verifica e "certificazione" dei LEA, l'Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005 ha affidato la Verifica degli Adempimenti, cui sono tenute le regioni, al Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) in condizioni di appropriatezza ed efficacia nell'utilizzo delle risorse (di seguito brevemente rinominato come Comitato LEA) che congiuntamente al Tavolo di verifica degli adempimenti, consente alle regioni coinvolte (sono escluse: la Valle d'Aosta, le due Provincie Autonome di Bolzano e Trento, il Friuli Venezia Giulia e la Sardegna dal 2010) di accedere alla quota premiale del 3% (per le regioni adempienti nell'ultimo triennio la quota è pari al 2%) delle somme dovute a titolo di finanziamento della quota indistinta del fabbisogno sanitario al netto delle entrate proprie.

che registra significative e costanti differenze regionali in ordine all'adempimento dei LEA anche nell'ultimo periodo di riferimento (2012-2016)²⁵.

In secondo luogo, il fenomeno della differenziazione regionale emerge nell'ultimo rapporto della Ragioneria generale dello Stato ("Il Monitoraggio della spesa sanitaria 2017"): dal 2007, i risultati delle attività di monitoraggio degli andamenti della spesa sanitaria e delle sue singole componenti evidenziano un consistente rallentamento delle dinamiche di crescita della spesa sanitaria, ma l'intensità con cui tale processo si è realizzato nei diversi contesti regionali risulta influenzato dalla notevole incidenza degli effetti economici e finanziari conseguenti alla lunga stagione attuativa dei piani di rientro nelle regioni in disavanzo, con ricadute dirette anche sotto il profilo della puntuale erogazione dei LEA, ed è questo il profilo che merita interesse.

In particolare, nell'analisi ministeriale, emerge che «l'attività di analisi e monitoraggio della gestione della spesa sanitaria a livello regionale ha dimostrato che una gestione non efficiente delle risorse finanziarie in campo sanitario, oltre a determinare rilevanti disavanzi di gestione, comporta molto spesso un peggioramento della qualità dei servizi assicurati ai cittadini. Ne è una conferma il fatto che, in tutte le regioni sottoposte ai Piani di rientro dai deficit sanitari, si è registrato, contestualmente alla riduzione del disavanzo, anche un miglioramento nell'erogazione dei LEA, seppure in misura non uniforme e con diversa velocità. Queste evidenze rafforzano l'esigenza di un monitoraggio costante dell'andamento della spesa sanitaria, nonché l'esigenza di individuare le pratiche migliori

La certificazione è effettuata dai componenti del Comitato LEA che stabiliscono, annualmente, gli adempimenti e i relativi criteri di valutazione.

Segnatamente, la certificazione dell'adempimento relativo all'area "mantenimento nell'erogazione dei LEA" avviene attraverso l'utilizzo di un definito set di indicatori ripartiti tra l'attività di assistenza negli ambienti di vita e di lavoro, l'assistenza distrettuale e l'assistenza ospedaliera, raccolti in una griglia (cd. Griglia LEA) che consente di conoscere e cogliere nell'insieme le diversità ed il disomogeneo livello di erogazione dei livelli di assistenza.

La selezione degli indicatori riflette la ripartizione delle risorse del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) tra i livelli di assistenza e le maggiori indicazioni politico-programmatiche. La metodologia di valutazione complessiva comprende un sistema di pesi che attribuisce ad ogni indicatore un peso di riferimento, e assegna dei punteggi rispetto al livello raggiunto dalla regione nei confronti di standard nazionali.

²⁵ Cfr. § 3.2 Punteggi regionali Griglia Lea, Trend 2012-2016. In particolare, per l'anno 2016, sono inadempienti le regioni Calabria (punteggio 144; Criticità: screening, prevenzione veterinaria, assistenza residenziale agli anziani, assistenza semiresidenziale ai disabili, assistenza malati terminali, assistenza ospedaliera (parti cesarei primari e Percentuale di parti fortemente pre-termine avvenuti in punti nascita senza UTIN) e Campania (punteggio 124; Criticità: screening, prevenzione veterinaria, assistenza ospedaliera (Tasso di accessi di tipo medico); in ordine al gruppo delle regioni adempienti si va dal punteggio massimo della regione Veneto (209), Toscana (208), Piemonte (207), Emilia Romagna (205) fino al punteggio minimo della regione Molise (164) e Regione siciliana (163). La puntuale analisi dei dati 2012/2016 mostra l'andamento dei differenziali regionali in ordine agli adempimenti Lea.

che emergono nei diversi modelli organizzativi presenti a livello regionale, favorendone la diffusione»²⁶.

Dunque, l'effettività del diritto alla salute è direttamente influenzata dalla connessione strutturale tra l'organizzazione amministrativa e le risorse disponibili, mostrando significative evidenze anche nella lunga stagione attuativa dei piani di rientro nelle regioni in disavanzo rispetto alla gestione della spesa sanitaria²⁷, ma vi è di più.

Un ulteriore fattore di disomogeneità emerge dalla fenomenologia della fruizione di prestazioni di alta specializzazione – non erogate ovvero erogate con lunghe liste d'attesa nell'azienda o nella struttura sanitaria territorialmente prossima – che costituisce ancora una determinante dei flussi registrati di mobilità passiva, che continua a interessare in modo prevalente i pazienti delle regioni del Meridione²⁸.

È d'interesse il confronto tra i dati regionali relativi agli indici di fuga, i quali forniscono un quadro sintomatico sia dell'efficacia e dell'efficienza di ciascun Servizio Sanitario Regionale nel rispondere ai bisogni di salute della popolazione residente, sia (indirettamente) della qualità percepita dai cittadini rispetto ai servizi sanitari erogati.

²⁶ Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, *Il Monitoraggio della spesa sanitaria 2017*, Rapporto n. 4, 8, consultabile in www.rgs.mef.gov.it.

²⁷ L'approfondimento dell'evoluzione normativa e l'aggiornamento ultimo della stagione pattizia dei piani regionali di rientro e gli esiti delle verifiche relative all'attuazione è contenuta anche nei gli ultimi due rapporti elaborati dal Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato (*Il Monitoraggio della spesa sanitaria 2018*, Rapporto n. 5, Capitolo 3 e *Il Monitoraggio della spesa sanitaria 2017*, Rapporto n. 4, Capitolo 3), cit., i cui contenuti rimandano all'analitica mappatura regionale elaborata nei dati riportati nelle schede Appendice A (Risultati di gestione 2016 e 2017 delle regioni non sottoposte ai piani di rientro), e Appendice B (Esiti delle verifiche dell'attuazione dei piani di rientro per il 2016 ed il 2017). In dottrina, tra i diversi contributi sul tema, v. l'approfondimento delle differenze dei sistemi sanitari regionali, interpretata alla luce degli atti aziendali, della flessibilità organizzativa e dei risultati d'esercizio in A. PIOGGIA, *La gestione della sanità fra pubblico e privato: funzione pubblica e organizzazione privata delle aziende sanitarie*, cit., 68 ss.

²⁸ Come noto, la mobilità sanitaria regionale si distingue in mobilità attiva (esprime l'indice di attrazione di una Regione, identificando le prestazioni sanitarie offerte a cittadini non residenti) e mobilità passiva (esprime l'indice di fuga da una Regione, identificando le prestazioni sanitarie erogate ai cittadini al di fuori della Regione di residenza). Il fenomeno è oggetto di considerazione in quanto economicamente rilevante: infatti, da un punto di vista economico, la mobilità attiva rappresenta per le Regioni una voce di credito, mentre quella passiva una voce di debito. La differenza tra crediti, frutto della mobilità attiva, e debiti, conseguenza della mobilità passiva, determina il saldo di ciascuna Regione che viene contabilizzato in occasione del riparto delle risorse del Fondo Sanitario Nazionale dell'anno successivo.

Lo studio condotto dalla Fondazione GIMBE sui dati (crediti, debiti, saldi) pubblicati dal Ministero della Salute (cfr. Report n. 3/2018, *La mobilità sanitaria interregionale nel 2017*) evidenzia che le Regioni con maggiore indice di fuga sono Lazio (13,9%) e Campania (10,1%) che insieme contribuiscono a quasi un quarto della mobilità passiva; un ulteriore 29% riguarda Lombardia (7,7%), Calabria (7,5%), Puglia (7,4%), Sicilia (6,5%). Il rimanente 46,8% della mobilità passiva si distribuisce nelle rimanenti 15 Regioni.

In generale, i flussi “patologici” vengono considerarsi il risultato visibile della scarsa accessibilità (lunghezza delle liste di attesa) e/o della qualità non adeguata delle cure (dati del Programma Nazionale Esiti) nelle Regioni di residenza e configurano anche fenomeni di gravi iniquità socio-economiche, atteso che i costi delle trasferte appaiono sostenibili da pazienti appartenenti a gruppi sociali corrispondenti a fasce di reddito medio-alte.

La variabilità della geografia del diritto alla salute è confermata anche dai dati riportati nel Rapporto annuale Istat 2017, in base ai quali, anche tenendo conto degli indici relativi all'appartenenza a gruppi sociali, alle condizioni economiche, ed al luogo di residenza, si registra che «la quota di persone che ha rinunciato a una visita specialistica negli ultimi 12 mesi perché troppo costosa è infatti cresciuta tra il 2008 e il 2015 dal 4,0 al 6,5 per cento della popolazione e il fenomeno è più accentuato nel Mezzogiorno, sia come livello di partenza sia come incremento (dal 6,6 al 10,1 per cento)»²⁹.

Nel complesso, tali richiami si dimostrano utili anche per il giurista, al fine di mettere a fuoco ed identificare le attuali questioni che appaiono incidere sulla garanzia costituzionale della tutela della salute e sulla promessa dell'uniformità territoriale dei contenuti prestazionali di servizio che, su tutto il territorio nazionale, dovrebbero essere almeno corrispondenti alla disciplina positiva dei LEA (in ultimo, stabilita con il d. p. c. m. 12 gennaio 2017)³⁰.

3. *L'uniformità territoriale a confronto con la regionalizzazione e l'aziendalizzazione del servizio sanitario.*

In dottrina, chi ha ricostruito la storia dell'organizzazione sanitaria ha sempre evidenziato che l'istituzione e gli sviluppi successivi del Servizio Sanitario Nazionale avevano identificato l'uniformità dell'organizzazione quale fondamento, presupposto e strumento per conseguire il risultato dell'uniformità delle

²⁹ Cfr. la ricchezza dei dati del Rapporto annuale Istat 2017, § 3 (*Aspetti demografici e condizioni di vita*) e 2018, § 5.5 (*Le disuguaglianze di salute*) ed il Rapporto BES 2018 (*Il benessere equo e solidale in Italia*) focus Sanità, tutti consultabili su www.istat.it. In tema, si segnala la riflessione di L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria*, cit., 4 ss., il quale evidenzia il silenzioso processo di smantellamento del welfare sanitario in Italia, facendo riferimento ai tagli nella sanità, imparagonabili per ingente ammontare agli altri settori della spesa pubblica, ed al fenomeno della rinunce alle prestazioni sanitarie ed ai picchi di decessi già riportati nel Rapporto annuale Istat 2015, § 5.1 (*Eterogeneità territoriali del sistema sanitario nazionale: equità allocativa e livelli di soddisfazione*), consultabile in www.istat.it.

³⁰ A seguito dell'ultima definizione dei Lea in sanità, indaga sulle differenze territoriali nel godimento del diritto alla salute M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2017.

prestazioni³¹, nella prospettiva secondo la quale la dimensione dell'organizzazione, anche intesa nella sua formula minima di organizzazione dei fattori produttivi³², è con immediatezza anche disciplina della sostanza delle prestazioni³³.

Nel tempo, le riflessioni sul modello organizzativo della sanità, segnato dalla lunga stagione di riforma delle competenze regionali avviata a far data dall'art. 114 del d. lgs. n. 112/1998³⁴, hanno evidenziato il carattere suggestivo della formula "Servizio sanitario nazionale", dovendo intendersi come complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei servizi sanitari regionali, ossia come struttura unitaria ma pluriarticolata su scala regionale, risultando evidente l'evoluzione del forte radicamento delle principali competenze nella dimensione regionale³⁵.

In questi termini, risiede nella concreta articolazione dei servizi sanitari regionali – tra l'avveramento di logiche politiche e le scelte tecnico-discrezionali – un relevantissimo fattore dinamico di flessibilità e di differenziazione.

Nell'attuale dibattito, che coglie la propensione del settore sanitario alle forme più evolute di pluralismo e decentramento, si moltiplicano gli studi che s'interrogano sull'uniformità amministrativa come predicato necessario per l'uguaglianza dei diritti o, meglio, approfondiscono la definizione uniforme dei diritti, e tra questi del diritto sociale della salute e se questo comporti la predisposizione e l'intervento di un'amministrazione altrettanto uniforme sul piano organizzativo e funzionale³⁶.

Il rilievo di tale questione è evidente nel sistema sanitario, che appare orga-

³¹ Sul punto, R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., 127 ss..

³² In questi termini, sull'autonomia imprenditoriale dell'azienda sanitaria, A. PIOGGIA, *La gestione della sanità fra pubblico e privato*, cit., 62 ss.

³³ Cfr. C. MARZUOLI, *Uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, cit., 2.

³⁴ In epoca precedente alla riforma del Titolo V, Parte Seconda della Costituzione ed all'introduzione della "tutela della salute" nel novero delle materie di legislazione concorrente, il ruolo degli ordinamenti regionali era stato già delineato nei conferimenti di funzioni e compiti amministrativi di cui all'art. 114 del d. lgs. n. 112/1998 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dallo Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997 n. 59): «1. Sono conferiti alle regioni, secondo le modalità e le regole fissate dagli articoli del presente capo, tutte le funzioni e i compiti amministrativi in tema di salute umana e sanità veterinaria, salvo quelli espressamente mantenuti allo Stato. 2. I conferimenti di cui al presente capo si intendono effettuati come trasferimenti, con la sola esclusione delle funzioni e dei compiti amministrativi concernenti i prodotti cosmetici, effettuati a titolo di delega».

³⁵ Sul punto, R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, cit., 130 evidenzia anche il rilievo del carattere "celebrativo" e non enfatico ovvero retorico della formula "servizio sanitario regionale" «in quanto continua ad evidenziare, comunque, lo stabile, e non rinunciabile collegamento, e di necessaria derivazione culturale (e di ordine costituzionale), fra ogni normativa positivamente data in materia di servizio sanitario e l'art. 32 Cost., nella sua ovvia e non superabile connessione con il principio di eguaglianza, sia formale che sostanziale».

³⁶ In ultimo, in questi termini d'indagine, ricostruisce i contenuti del dibattito V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale*, cit., 12.

nizzato su due macro-livelli di differenziazione: come noto, la regionalizzazione del servizio sanitario, che introduce un primo profilo di differenziazione rispetto al livello statale e l'aziendalizzazione, dalla quale deriva un'ulteriore differenziazione nell'ambito dei sottosistemi costituiti dai SSR³⁷.

In questi termini, regionalizzazione e aziendalizzazione costituiscono i cerchi concentrici che sommano la differenziazione dell'organizzazione, del finanziamento e dei modelli gestori al cospetto della formula dei LEA che, in concreto, sembra avere perso la promessa unificante dell'uniformità territoriale³⁸.

Per alcuni, sino ad oggi, l'interpretazione prevalente sembra aver dedotto dall'uniformità sul piano normativo/descrittivo l'uniformità erogativa «ovvero dalla pur necessaria fissazione unitaria dei livelli essenziali di assistenza l'uniformità delle modalità di erogazione delle prestazioni»³⁹.

Invero, da tempo, nel dibattito, l'attenzione prevalente è ai limiti (in termini di differenziazione) che il modello sanitario incontra in corrispondenza dell'attuazione del regionalismo e dell'aziendalizzazione del servizio.

Sul primo versante, assumono rilievo – e si condividono – le notazioni di attenta dottrina, che ha tratteggiato i contenuti dell'autonomia regionale – solen-

³⁷ Sul punto, la riflessione, sempre attuale, sullo stretto legame tra uniformità e differenziazione ancora di R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., 263, secondo cui «il concetto stesso di uniformità delle prestazioni erogate sul territorio appare comunque fortemente relativizzato, sia perché la qualità e la quantità delle prestazioni sono rapportate al volume delle risorse finanziarie disponibili, sia perché sembra profilarsi, se si vuole di fatto, e persino oltre gli intenti del legislatore nazionale, un modello plurale di servizio sanitario nazionale, in ragione delle forti attribuzioni regionali in materia». In quest'ordine concettuale, l'A. ha evidenziato non soltanto che i Lea devono essere garantiti secondo criteri di indifferenza soggettiva e territoriale, ma ne riconosce il valore conformativo, «il loro configurarsi, nel quadro di un sistema complesso e variegato su cui si posizionano, a quel che pare, più modelli positivi, come il principale (e forse unico) fattore di unificazione e di uniformità funzionale di una realtà, per il resto, piuttosto caotica e, persino, scomposta e frammentata. E cioè, “i livelli essenziali delle prestazioni” si atteggiavano davvero come il valore (*rectius*, la clausola) di massima sicurezza e di chiusura del sistema, di un sistema che fra paradossi e mitologie e fra ricorrenti pendolarismi “ideologici”, conserva, tuttavia, almeno sotto tale irrinunciabile aspetto, momenti e valori di unità e di funzionale uniformità» (260).

³⁸ Per un approfondimento della formula costituzionale dei Lea e dell'uniformità territoriale, v. R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, 3 ss., e V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, 445 ss., entrambi in *Salute e sanità*, cit.; inoltre, v. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e regioni*, cit., 9 ss.

³⁹ Cfr. V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale*, cit., 11. In senso parzialmente difforme, A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 57, secondo cui «l'eguaglianza, soprattutto nella sua versione cosiddetta sostanziale, non tende al semplice contenimento delle differenze sociali, ma mira alla loro rimozione, anche per il tramite dell'assicurazione dei diritti sociali, fa ritenere che l'uniformità territoriale, da assicurarsi attraverso la definizione di identici livelli di prestazioni, sia da riferirsi al contenuto necessario a garantire effettivamente il diritto, in modo che questo sia egualmente soddisfatto su tutto il territorio nazionale».

nemente enunciata a livello di legislazione statale – mortificata, in realtà, dall’insostenibilità delle disuguaglianze in questo campo «sicché le scelte regionali, anziché essere garantite come individuali, Regione per Regione, sono state in qualche misura collettivizzate ed attratte al sistema delle conferenze e nelle sue decisioni prese all’unanimità»⁴⁰.

In tale contesto, invero, emerge la compressione dell’autonomia regionale derivante dall’esercizio del potere regolamentare statale *ex art.* 117, 6 comma Cost., agganciato alla competenza esclusiva statale della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, comma 2, lett. m), dal quale deriva che il regolamento sui Lea prevale e limita la legislazione regionale⁴¹.

Il punto d’equilibrio sull’asse dei rapporti Stato-Regioni, ovvero la “compensazione”, risiede nel principio di leale collaborazione richiamato più volte dalla Corte costituzionale, secondo cui le scelte regolamentari statali devono avvenire previa intesa – in senso forte – con le Regioni⁴²: tuttavia, rimangono

⁴⁰ Cfr. F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, cit., 36.

⁴¹ Sul procedimento di determinazione dei Lea e sui dubbi sul piano delle fonti – di rango non già primario ma secondario – richiama la fase di legificazione dei Lea di cui all’art. 54 della l. 27 dicembre 2002 n. 289 (legge finanziaria 2003) e l’intervento della Corte costituzionale a far data dalla nota decisione 27 marzo 2003 n. 88, V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni in sanità*, cit., 488 ss.

⁴² Sul vasto e complesso itinerario ricostruttivo della Corte costituzionale in ordine alla configurazione delle materia trasversale della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all’art. 117, comma 2, lett. m), Cost, e sul modello dell’intesa quale congegno giuridico al quale sono state affidate le finalità di armonizzare le istanze dell’unità con quelle dell’autonomia (*ex multis*, cfr. sentenze 14 gennaio 2016 n. 1, 24 marzo 2016 n. 65, 25 novembre 2016 n. 251) sia consentito il rinvio al recente contributo sul punto di M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza*, cit., 12 ss.; inoltre, sulla leale collaborazione messa a confronto con il disegno del federalismo fiscale in materia sanitaria di cui alla l. 5 maggio 2009 n. 42, v. A. SIMONCINI, *Livelli essenziali delle prestazioni e diritto alla salute dopo la legge n. 42 del 2009: basta la “Leale collaborazione”?*, in *Verso il decentramento delle politiche di Welfare*, a cura di, L. VIOLINI, 2011, Milano, 97 ss. Inoltre, sul tema, con riferimento alla legittimità dei tagli lineari della spesa sanitaria, imposti dalla normativa statale, si segnala la sentenza della Corte Costituzionale 12 luglio 2017 n. 169, con la quale vengono respinte alcune impugnative regionali per pretesa violazione del principio di leale collaborazione. In proposito, la Corte richiama la propria sentenza n. 65 del 2016 che, oltre a riconoscere che l’imposizione di risparmi di spesa rientra a pieno titolo nell’esercizio statale della funzione di coordinamento della finanza pubblica, purchè in un ambito temporalmente definito, argomenta come il meccanismo legislativo dei tagli lineari non impone di effettuare riduzioni di identica dimensione in tutti i settori, ma di intervenire in ciascuno di questi, limitandosi ad individuare un importo complessivo di risparmio e lasciando alle Regioni il potere di decidere l’entità dell’intervento in ogni singolo ambito.

A conferma della coerenza della giurisprudenza della Corte, la sentenza n. 103 del 23 maggio 2018 ha statuito l’illegittimità costituzionale della norma statale che, in contrasto con il principio di transitorietà, ha prorogato per la seconda volta una misura di riduzione della spesa sanitaria delle Regioni, dilatandone la durata di un ulteriore anno (fino al 2020) e di fatto estendendo a sei anni l’arco temporale della stessa misura, originariamente prevista per il quadriennio dal 2015 al 2018.

le perplessità sull'adeguatezza dello strumento di coinvolgimento delle Regioni, nella prospettiva critica che vuole evidenziare in ogni caso una mutazione di contenuto nell'autonomia regionale, ridisegnata nella sostanza «come autonomia collettiva, da esercitarsi in modo unitario, indifferenziato, consensuale e convergente da parte di tutte le regioni in quel sistema di Conferenze improntato al metodo dell'unanimità»⁴³.

3.1. *Il sistema amministrativo di governance multilevel dei LEA*

A tali elementi di criticità, si aggiungono i limiti derivanti dal sistema di *governance multilevel* che caratterizza il processo di definizione attuativa dei Lea.

A livello regionale, il riferimento è alle leggi attuative della potestà concorrente in materia di tutela sanitaria, agli atti d'indirizzo, alle linee guida ed agli atti di pianificazione regionale che orientano la "buona amministrazione" del SSR⁴⁴.

Mentre, nella dimensione della singola azienda sanitaria, vengono in rilievo i piani attuativi aziendali e, soprattutto, annualmente, gli obiettivi della performance organizzativa ed individuale e le relative risorse, assegnati alle strutture ed ai dipendenti nell'ambito del Ciclo di gestione della performance disciplinato dal d. lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 s. m. i.⁴⁵, che manifestano una forte e concreta

L'estensione dell'ambito temporale di precedenti manovre, secondo la Corte, «potrebbe sottrarre al confronto parlamentare la valutazione degli effetti complessivi e sistemici di queste ultime in un periodo più lungo (sentenza n. 169 del 2017)».

È da osservare che, con tale decisione, la Corte ha colto l'occasione per rilevare la violazione del principio di leale collaborazione nel rifiuto manifestato dalle autonomie speciali nella sottoscrizione degli accordi bilaterali con lo Stato per sancire il loro contributo al risanamento del settore sanitario, determinando un'ulteriore riduzione del livello del fabbisogno sanitario nazionale a carico delle regioni a statuto ordinario.

⁴³ Cfr. F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle regioni*, cit., 47.

⁴⁴ Sul quadro composito di definizione *multilevel* dei Lea, v. M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del Servizio Sanitario in Italia*, cit., 195-197.; inoltre, v. A. PIOGGIA, *La gestione della sanità tra pubblico e privato*, cit., 65.

⁴⁵ Il d. lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 (in ultimo, novellato dal d. lgs. 25 maggio 2017 n. 74) ha innovato radicalmente la funzione amministrativa del controllo interno, introducendo il Ciclo di gestione della performance quale procedimento standardizzato in 6 fasi che tutte le P.A. sono tenute ad attuare per l'identificazione degli obiettivi generali e specifici da conseguire annualmente, per la loro correlazione con le relative risorse, per l'assegnazione/distribuzione alle strutture ed al personale, per il costante monitoraggio, per la misurazione e la valutazione dei risultati della performance organizzativa ed individuale affidata agli Organismi Indipendenti di Valutazione, per la rendicontazione mediante la relazione finale quale atto conclusivo del ciclo. A far data dalla legge 11 agosto 2014 n. 114, in tema di produttività del lavoro pubblico e di performance delle P.A., sono state attribuite al Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri l'attività di indirizzo, coordinamento e promozione della misurazione e valutazione delle performance e le iniziative per il rafforzamento delle capacità amministrative. Senza pretesa di esautività, sul tema dell'evoluzione dei controlli interni, v. E. D'ALTERIO, *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 570 ss.;

incidenza sui disegni organizzativi ed attuativi prescelti per garantire l'erogazione dei Lea.

Si deve osservare che, nella dimensione delle aziende sanitarie, un ulteriore e sottovalutato elemento di differenziazione consiste nell'estrema varietà di contenuto dei regolamenti aziendali che disciplinano il sistema di misurazione e valutazione delle performance sanitarie (di cui all'art. 7 del d. lgs. n. 150/2009 s. m. i.).

Sul piano della buona amministrazione, gli effetti negativi sono evidenti: quello di rendere disomogeneo l'esercizio dei controlli interni e, con esso, la trama degli indicatori, dei pesi, dei premi e degli incentivi correlati alla valutazione del conseguimento degli obiettivi assegnati (ed anche dei Lea erogati); quello di disperdere la preziosa funzionalità della valutazione dei risultati e dei controlli interni al fine di orientare l'organizzazione sanitaria e le prestazioni verso l'allineamento omogeneo della produttività sanitaria alla garanzia dei Lea e, comunque, al miglioramento continuo del servizio.

Infatti, nella fenomenologia dell'organizzazione in sanità, alla differenziazione del sistema dei controlli interni corrisponde una diversa ed incomparabile incidenza del medesimo sulla produttività sanitaria e sulla garanzia dei Lea, che non appare compensata dalle ultime attività promosse da Agenas (Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali) per la realizzazione di un unico Sistema di Monitoraggio delle performance, finalizzato ad integrare i contenuti del Programma Nazionale Esiti con indicatori economico-gestionali, organizzativi, di appropriatezza, di trasparenza e di equità⁴⁶.

Allo stato, il Dipartimento della Funzione pubblica ha introdotto linee guida

R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza*, cit., 299 ss.; M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 641 ss.; R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003; S. CASSESE, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 99 ss.; ID., *I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, in *Corr. Giur.*, 1993, 217 ss.; ID., a cura di, *I controlli nella Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1993; R. PEREZ, I. BORRELLO, *La nuova disciplina dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni: d. lgs. 30 luglio 1999, n. 286*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 28 ss.; F. BATTINI, *Il controllo gestionale in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 447 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Controlli e principi costituzionali sulla pubblica amministrazione*, in *Quaderni regionali*, 1984, 1247 ss.; M. S. GIANNINI, *Prefazione al "Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 715 ss.; ID., *Controllo: nozioni e problemi*, ivi, 1974, 1263 ss.

⁴⁶ Cfr. l'ultima relazione semestrale 2017 di AGENAS, consultabile in www.agenas.it. Sul tema della debolezza dei controlli di qualità in materia sanitaria, C. MARZUOLI, *Uniformità e differenziazione*, cit., 5, il quale, sul problema di carattere generale della valutazione dei risultati in termini qualitativi, evidenzia: «Quando si tratta di servizi alla persona, la possibilità di misurare gli aspetti qualitativi è complicata e in parte opinabile (perché) esigerebbe di fare di ogni persona un protagonista di procedure e di processi di controllo), dunque impossibile da soddisfare in termini assoluti, ma ciò non può giustificare che sia troppo trascurata. Ho la sensazione che la debolezza dei controlli di qualità relativi al risultato sia il contrappeso dell'inadeguata rilevanza attribuita, in sede di determinazione dei contenuti e di organizzazione del servizio, a certi interessi che collegati alla salute costituiscono i contenuti di veri e propri diritti. È un campo che deve essere particolarmente approfondito».

per la valutazione delle performance relative al comparto ministeriale⁴⁷, ma si attende ancora un intervento regolatorio o comunque, l'introduzione di regole standardizzate per distinti comparti d'azione della pubblica amministrazione, compresa la sanità, in modo da omogeneizzare le regole della valutazione delle performance in base alla specificità dei servizi e delle prestazioni pubbliche rese dalle amministrazioni.

In questi termini, dunque, emerge la gestione ancora non compiutamente adeguata degli spazi di flessibilità e di differenziazione discendenti dalla dimensione regionale e dalle scelte aziendali, che dovrebbero essere indirizzati a coniugare i LEA con il "realismo" della mappatura del bisogno di salute dell'utenza e del territorio di riferimento: come si è evidenziato, le evidenze empiriche richiamate sembrano dimostrare che, in modo disomogeneo, gli spazi regionali e aziendali di partecipazione al processo attuativo dei LEA non sembrano sempre funzionare in modo efficiente nel risultato atteso di garantire l'erogazione dei LEA, nel prevedere attività e prestazioni aggiuntive e/o integrative, in chiave interpretativa dei bisogni di salute delle collettività di riferimento, nel definire un sistema adeguato di controlli interni di efficienza⁴⁸.

Gli attuali divari regionali del sistema sanitario⁴⁹ radicano il convincimento

⁴⁷ Cfr. Linee guida n. 1/2017 del Dipartimento della Funzione pubblica, consultabili in *www.performance.gov.it*.

⁴⁸ Cfr. i dati *infra* riportati nelle note nn. 24 – 29.

⁴⁹ Vengono in rilievo i dati del Rapporto BES (*Il benessere equo e sostenibile in Italia*) 2018 dell'ISTAT (consultabile in *www.istat.it*), nel quale il *focus* sulla Sanità evidenzia che: «Nel 2017 si ferma la crescita dell'indice composito per il dominio Salute, che si attesta a 105,8 (era 106,0 nel 2016), interrompendo il *trend* positivo che aveva caratterizzato il periodo 2010-2016. La dinamica territoriale mostra un peggioramento nell'ultimo anno sia nel Nord sia nel Mezzogiorno mentre nel Centro si registra un lieve progresso. Considerando l'intero periodo in tutte le aree del Paese, l'indice mostra un miglioramento, ma rimane invariato il divario tra Nord e Mezzogiorno, mentre si riduce la distanza tra Nord e Centro. (...) Permangono forti differenze territoriali. Nel 2017, per la speranza di vita aumenta il divario tra Nord e Mezzogiorno con una distanza di 1,3 anni a favore del Nord, la più alta dal 2005. Nel 2015 il lieve aumento della mortalità infantile è stato prevalentemente determinato dalle regioni del Centro dove il tasso ha raggiunto 2,9 per 1.000 nati vivi (era 2,4 l'anno precedente).

Nel Nord e nel Mezzogiorno del Paese, invece, il livello della mortalità infantile resta costante (rispettivamente 2,5 e 3,4 per 1.000 nati vivi), confermando l'evidente svantaggio del Mezzogiorno. Considerando la cittadinanza dei genitori, si evidenzia una significativa differenza tra stranieri e italiani, accentuatasi nel 2015 quando il tasso di mortalità infantile per gli stranieri ha raggiunto il 4,5 per 1.000 nati vivi (era 3,8 l'anno precedente) mentre per gli italiani si mantiene stabile (2,6 per 1.000 nati vivi). Il contributo all'incremento della mortalità infantile nel 2015 è pertanto attribuibile quasi esclusivamente ai bambini residenti nati da genitori stranieri. Anche per quanto riguarda la mortalità per tumori il Mezzogiorno presenta un quadro più sfavorevole rispetto alle altre ripartizioni. Il fenomeno è da attribuire all'evoluzione registrata per gli uomini mentre per le donne la distanza tra regioni meridionali e centrali si è ridotta. Il valore più elevato di questo indicatore si riscontra per gli uomini in Sardegna, dove nel 2015 si ha una mortalità per tumori maligni pari a

che la scommessa di questi decenni sulle autonomie regionali e sull'aziendalizzazione – al fine di far avanzare la tutela sanitaria – sia sta parzialmente non vinta⁵⁰ proprio a causa della differenziazione dei modelli organizzativi regionali ed imprenditoriali che, nell'autonomia riconosciuta, non hanno saputo trovare un'unificazione concreta e costantemente orientata all'efficienza ed alla valorizzazione del cittadino e della qualità percepita dei servizi.

Su questo versante, è merito di attenta dottrina avere identificato una proporzionalità diretta tra il riconoscimento dell'autonomia aziendale negli spazi lasciati liberi dal potere organizzativo pubblico statale o regionale e le migliori performance dei sistemi regionali, evidenziando l'esistenza di distinte visioni dell'autonomia aziendale da parte delle Regioni ed il miglioramento dei servizi sanitari in quelle visioni che hanno puntato sulla flessibilità organizzativa e sulla differenziazione-capacità manageriale della direzione aziendale, allentando la rigidità regionale del controllo politico-burocratico sugli apparati di erogazione dei servizi⁵¹.

Anche il sistema di finanziamento della spesa sanitaria costituisce un ulteriore fattore di differenziazione regionale ed, a cascata, elemento condizionante il finanziamento del budget assegnato a ciascuna azienda del SSR.

3.2. *Regole di finanziamento e uniformità territoriale. Fabbisogni e costi standard in sanità: la stagione attuativa inaugurata dal d. lgs. 6 maggio 2011 n. 68*

Nell'evoluzione del regionalismo sanitario, più voci osservano che il settore della sanità pubblica è l'ambito che ha tradotto l'esperimento generale più complesso del federalismo, nel quale sono mancate forme effettive di autonomia regionale e aziendale poiché, da un lato, il mantenimento di un forte accentramento statale nelle scelte relative alla devoluzione delle risorse e, dall'altro, il commissariamento delle regioni inosservanti dei costi standard ammissibili, hanno determinato una sorte di inedito

12,3 per 10.000 abitanti; la Campania si conferma invece la regione con il livello di mortalità maggiore per le donne. La mortalità degli anziani per demenze e malattie del sistema nervoso presenta una diversa geografia, con i livelli più elevati nelle regioni del Nord e quelli più bassi in alcune regioni meridionali, come la Calabria e la Campania».

⁵⁰ La riflessione sull'evoluzione dei divari regionali è condotta nell'ottica della costante tensione storica tra spinte all'uniformità – legate alla tutela di un diritto fondamentale – e livelli di differenziazione, ma rilevando il carattere non oppositivo e centrifugo del sistema sanitario ad eccezione parziale del modello lombardo in R. BALDUZZI, *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza dei sottosistemi sanitari regionali*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 159 ss.

⁵¹ L'approfondimento della flessibilità organizzativa e dell'efficienza delle aziende sanitarie nella relazione tra atto aziendale e linee guida regionali, nella ricerca coordinata da A. PIOGGIA ed illustrata nei risultati anche in *La gestione della sanità tra pubblico e privato*, cit., 68.

federalismo differenziato⁵² sul versante dei costi e del controllo della spesa sanitaria⁵³.

Sotto tale profilo, appaiono di estrema attualità le riflessioni e gli argomenti che correlano l'uniformità e la garanzia dei Lea con le criticità riscontrate sul tema (emergenziale) del finanziamento della spesa sanitaria nei rapporti Stato-Regioni e della complessa disciplina dei procedimenti e dei parametri applicati per la ripartizione dei flussi finanziari dedicati.

In ordine alla sostenibilità sanitaria del federalismo fiscale ed al sistema di finanziamento dei Servizi sanitari Regionali⁵⁴, emerge la parziale attuazione della

⁵² Sul punto, senza pretesa di esaustività, v. L. ANTONINI, *Il federalismo fiscale tra questione meridionale e questione settentrionale*, in *Verso il decentramento delle politiche di Welfare*, cit., 297 ss.; A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, cit., 217 ss.; F. PAMMOLLI, N. SALERNO, *La sanità in Italia, federalismo, regolazione dei mercati, sostenibilità delle finanze pubbliche*, Bologna, 2008; B. CARAVITA DI TORITTO, *Salute e federalismo fiscale*, cit., 75 ss.; A. PETRETTO, *Modelli economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, cit., 83 ss.; N. VICECONTE, *Il finanziamento del servizio sanitario nazionale*, in *Manuale di diritto sanitario*, cit., 371 ss.; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2018, 131 ss.

⁵³ I dati aggregati riferiti all'ultimo triennio 2015/2018 in ordine al livello decrescente del finanziamento della spesa sanitaria sono contenuti nel documento "Il livello di finanziamento del Servizio sanitario nazionale", elaborato dal Servizio Studi della Camera dei Deputati (6 luglio 2018), consultabile su www.camera.it: «Il Fondo sanitario nazionale nel 2018 risulta pari a 113.396 milioni di euro (anziché a 114.000 milioni come previsto dalla legge 232/2016 – Legge di Bilancio 2017), ai quali bisogna aggiungere 30 milioni di euro, che la legge di bilancio 2018 ha destinato ai Fondi contrattuali per il trattamento economico accessorio della dirigenza medica, sanitaria e veterinaria.

Il livello di finanziamento del SSN per il 2018 è il risultato di procedure pattizie, iniziate con la stipula dell'Intesa sul Patto della salute 2014-2016 che ha fissato, per il triennio di riferimento, il perimetro del concorso finanziario dello Stato al sistema salute.

A causa del contributo aggiuntivo che le regioni hanno dovuto assicurare alla finanza pubblica per ciascuno degli anni dal 2015 al 2018, con una serie di atti concordati a livello di Conferenza Stato-regioni, il livello di finanziamento del Servizio sanitario nazionale è stato poi rideterminato in riduzione.

L'ammontare del fabbisogno sanitario nazionale per gli anni 2017 e 2018, come stabilito nell'Intesa dell'11 febbraio 2016, è stato così determinato in 113.063 milioni di euro per il 2017 e 114.998 milioni di euro per il 2018.

Successivamente, la legge di bilancio 2017 ha rideterminato, ancora in diminuzione, il livello del finanziamento del fabbisogno sanitario nazionale, portandolo a 113.000 milioni di euro per il 2017 e a 114.000 milioni di euro per il 2018. Per il 2019 il livello del finanziamento è stato fissato in 115.000 milioni di euro.

In ultimo, il decreto 5 giugno 2017, a causa del mancato contributo delle autonomie speciali agli obiettivi di finanza pubblica, ha nuovamente rideterminato il livello del fabbisogno sanitario nazionale, stabilendo ulteriori riduzioni: 423 milioni di euro per il 2017 e 604 milioni di euro per il 2018».

⁵⁴ Sul punto, R. BALDUZZI, *Alcune conclusioni*, cit., 162 ss., approfondisce la sostenibilità sanitaria del federalismo fiscale evidenziando che l'interrelazione tra valutazione sull'individuazione e sull'effettività dei livelli essenziali e valutazioni sull'efficacia, l'efficienza e l'economicità delle risorse è consegnata all'attuazione operativa e alle relazioni tra i diversi livelli di governo, fermi i vincoli macroeconomici delle decisioni di finanza pubblica.

legge 5 maggio 2009 n. 42 (Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione) sotto il profilo del mancato superamento della fase transitoria e della messa a pieno regime dei costi e dei fabbisogni sanitari standard definiti dal d. lgs. 6 maggio 2011 n. 68⁵⁵, con la conseguenza che non appare ancora attuata la doverosa delimitazione e separazione del “fabbisogno Lea” dagli oneri degli altri servizi sanitari e l'integrale applicazione degli strumenti di finanziamento delle funzioni regionali previste dall'art. 119 Cost.⁵⁶ In particolare, vengono presi in considerazione alcuni contenuti critici dei processi applicativi dei fabbisogni e dei costi standard⁵⁷ nel sistema del finanziamento della sanità regionale, che si aggiungono agli effetti negativi delle politiche nazionali di contenimento e di razionalizzazione della spesa che, come noto, hanno inciso a loro volta sul livello di finanziamento dei sistemi sanitari regionali e, a cascata, sulla distribuzione delle risorse disponibili nella negoziazione tra il livello regionale e l'azienda sanitaria, con ricadute in termini di nuovi processi di riorganizzazione del SSR⁵⁸.

Nel settore della Sanità, l'effettività del diritto alla salute risulta condizionato anche dal peculiare sistema di finanziamento dei servizi sanitari delle venti regioni d'Italia, imperniato sui parametri del “fabbisogno” e del “costo standard” introdotti a far data dal d. lgs. n. 68/2011, da considerare tra gli strumenti stabiliti al servizio del superamento delle differenze regionali, per cui l'analisi di tale

⁵⁵ In argomento, G. CRISAFI, *Fabbisogni e costi standard, un'occasione perduta*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2016.

⁵⁶ Tale profilo d'indagine è approfondito anche nell'analisi di L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria*, cit., 6 ss., nella quale si esamina il contenuto della sentenza n. 169/2017 della Corte costituzionale quale tappa fondamentale per la garanzia dei Lea, atteso che ammonisce rispetto al perdurante uso di criteri convenzionali di riparto, in attesa di acquisire dati analitici idonei a determinare costi e fabbisogni in modo conforme all'art. 8 della L. n. 42/2009, con l'effetto denunciato che non è possibile assicurare una precisa delimitazione finanziaria – e salvaguardia – dei Lea rispetto alle altre spese sanitarie.

⁵⁷ In generale, sulla collocazione del fabbisogno e del costo standard in sanità nella cornice dell'art. 119 Cost., e sull'analisi della disciplina segnata dai contenuti del d. lgs. n. 68/2011, emanato in attuazione della delega contenuta nella l. n. 42/2009, v. G. CRISAFI, *Fabbisogni e costi standard*, cit. 4 ss.; inoltre, si veda la riflessione di L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria*, cit., 6 ss.

⁵⁸ *Ex multis*, nella dimensione del SSR della Regione siciliana, a far data dalla legge regionale 14 aprile 2009 n. 5 (Norme per il riordino del Servizio Sanitario Regionale), è stato avviato un intenso processo di razionalizzazione organizzativa ed economico-finanziaria delle strutture sanitarie e dei costi, prevedendo l'accorpamento delle aziende sanitarie, mediante l'istituzione delle Aziende Sanitarie Provinciali; contestualmente, si è avviato un percorso di riqualificazione e rifunzionalizzazione della rete ospedaliera e della rete dei servizi territoriali, che ha condotto ad una nuova mappatura dell'organizzazione sanitaria identificata nell'approvazione dei nuovi atti aziendali. Inoltre, per un'analisi dei modelli sanitari della regione Lazio, Liguria, Lombardia e Toscana, v. rispettivamente i contributi di I. COIRO, G. CONZI, M. DE SCALZI, G. SASSOLI, W. LOCATELLI, tutti in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 113 ss.

modello può considerarsi senz'altro utile al fine di individuare ulteriori elementi di riflessione sugli attuali processi di superamento delle disuguaglianze⁵⁹.

È noto che il riparto delle disponibilità finanziarie per il Sistema Sanitario Nazionale dell'anno 2012 è stato l'ultimo predisposto ai sensi dell'art. 1, comma 34, della legge 23 dicembre 1996 n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), che ha segnato l'avvio del nuovo riparto del finanziamento tra le regioni, superando l'applicazione del criterio della spesa storica e prevedendo l'applicazione di nuovi parametri di riferimento: la frequenza dei consumi sanitari per età e sesso; i tassi di mortalità della popolazione; indicatori relativi a particolari situazioni territoriali ritenuti utili al fine di definire i bisogni sanitari delle regioni, indicatori epidemiologici territoriali.

Le crescenti esigenze di verifica della correttezza della gestione regionale delle risorse sanitarie, in rapporto all'obbligo di fornire le prestazioni ritenute essenziali, hanno condotto allo sviluppo di metodologie di controllo della spesa, basate sull'utilizzo di indicatori economici e su parametri di riferimento per grandi aggregati, allo scopo di rendere possibile anche l'accertamento del grado di scostamento della singola regione da un valore predeterminato⁶⁰.

In tale contesto, il capo IV (artt. 25-32) del d. lgs. n. 68/2011 – dedicato ai costi e fabbisogni standard nel settore sanitario – ha introdotto una diversa articolazione del processo di ripartizione del finanziamento statale della spesa sanitaria.

In termini generali, la disciplina ribadisce il principio, già enunciato nel Patto per la Salute 2010-2012, secondo cui il finanziamento della sanità rappresenta una scelta di politica e di programmazione della politica economica, che ricompone gli obiettivi di assistenza sanitaria con i vincoli di finanza pubblica; il fabbisogno sanitario nazionale deve anche corrispondere all'ammontare di risorse necessarie ad assicurare i livelli essenziali di assistenza (LEA), erogati in condizioni di efficienza ed appropriatezza sulla base degli indicatori già individuati dagli allegati 1, 2 e 3 dell'Intesa Stato-Regioni del 3 dicembre 2009. Tali indicatori, in particolare, si distinguono in indicatori del rispetto della programmazione nazionale e sui costi medi; standard di appropriatezza, di efficacia e di efficienza.

Ai fini della determinazione dei costi e dei fabbisogni regionali, l'art. 27,

⁵⁹ Per un approfondimento dell'attuazione del federalismo fiscale nel settore della sanità e delle critiche sollevate ai contenuti del d.lgs. n. 68/2011, v. G. CRISAFI, *Fabbisogni e costi standard*, cit. 6 ss.; G. FARES, *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, Napoli, 2013; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2014; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, e N. VICECONTE, *Il finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale*, entrambi in *Manuale di diritto sanitario*, cit.; R. BALDUZZI, a cura di, *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Bologna, 2012; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2011.

⁶⁰ Anche per i riferimenti bibliografici, v. M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del Servizio Sanitario in Italia*, cit., 185 ss.

novellato più volte⁶¹, conferma l'utilizzo dello strumento pattizio, ossia l'intesa, ma, a differenza di quanto avvenuto con la programmazione triennale prevista dagli ultimi Patti della salute, l'indicazione dell'ammontare del finanziamento da destinare alla sanità, e il relativo riparto fra le regioni, è affidata alla determinazione annuale del Ministro della salute, di concerto con il MEF, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, sentita la Struttura tecnica di supporto della stessa Conferenza (comma 1)⁶².

Il processo per la determinazione dei migliori valori di costo delle prestazioni sanitarie ha previsto, ai fini della determinazione dei costi standard, anche l'individuazione di tre regioni di riferimento (regioni *benchmark*) per le determinazioni dei migliori valori di costo delle prestazioni sanitarie (art. 27, comma 5, d. lgs. n. 68/2011)⁶³.

In base alla nuova procedura, l'importo spettante a ciascuna regione dipen-

⁶¹ L'art. 27 del d. lgs. n. 68/2011, dedicato alla disciplina della determinazione dei fabbisogni e dei costi standard regionali è stato modificato più volte: la l. 23 dicembre 2014, n. 190 ha disposto (con l'art. 1, comma 601) la modifica dell'art. 27, comma 7; il decreto legge 30 dicembre 2015, n. 210, convertito con modificazioni dalla l. 25 febbraio 2016, n. 21, ha disposto (con l'art. 6, comma 4-*bis*) l'introduzione del comma 7 *bis*; in ultimo, il decreto legge 24 giugno 2016, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2016, n. 160, ha disposto (con l'art. 20, comma 1, lettera a), l'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 27; (con l'art. 20, comma 1, lettera b) l'introduzione del comma 5-*bis* all'art. 27; (con l'art. 20, comma 1, lettera c) la modifica dell'art. 27, comma 7.

⁶² Ai sensi dell'art. 27 del d. lgs. n. 68/2011, a decorrere dal 2017, se non è raggiunta l'intesa entro il 15 febbraio di ciascun anno «con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi entro il 15 marzo dell'anno di riferimento, si provvede alla determinazione dei costi e dei fabbisogni standard in via provvisoria, facendosi riferimento alla proposta di riparto del Ministero della salute presentata in Conferenza Stato – regioni, ed assegnando alle singole regioni il valore regionale individuato nella medesima proposta, al netto dello 0,5 per cento. Con il medesimo decreto si provvede all'assegnazione alle regioni del 95 per cento del finanziamento degli obiettivi di piano sanitario nazionale (comma 1 *bis*, lett. b)»; inoltre, è stabilito che «qualora non venga raggiunta l'intesa di cui al comma 1 entro il 30 settembre dell'anno di riferimento, con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, è adottata la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard in via definitiva; e) la determinazione definitiva dei costi e dei fabbisogni standard non può comportare per la singola regione un livello del finanziamento inferiore al livello individuato in via provvisoria con il richiamato decreto interministeriale, ferma restando la rideterminazione dei costi e dei fabbisogni standard, e delle relative erogazioni in termini di cassa, eventualmente dovuta ad aggiornamento del livello complessivo del finanziamento del Servizio sanitario nazionale» (comma 1 *bis*, lett. d) ed e)).

⁶³ In ultimo, si veda il Documento della Conferenza permanente dei rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome del 16 dicembre 2015 avente ad oggetto l'individuazione delle regioni di riferimento per la determinazione del fabbisogno sanitario standard di cui all'art. 27, comma 5, del d. lgs. n. 68/2011, nel quale le regioni eleggibili a regioni *benchmark* risultano le Marche, l'Emilia Romagna, l'Umbria, la Lombardia, e il Veneto sulla base dei valori della Griglia Lea, dell'equilibrio economico dei risultati d'esercizio, e del calcolo dell'IQE sulla base di 19 indicatori (tra cui la degenza media pre-operatoria, la percentuale di ricoveri ordinari con DRG ad alto rischio di inappropriatazza, la spesa farmaceutica pro-capite).

de dai costi registrati nel *set* delle tre regioni *benchmark* selezionate, in quanto in grado di assicurare l'erogazione dell'assistenza sanitaria in condizioni di efficienza ed appropriatezza.

Segnatamente, le regioni di riferimento sono «le tre regioni, tra cui obbligatoriamente la prima, scelte dalla Conferenza Stato-Regioni tra le cinque indicate dal Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, in quanto migliori cinque regioni che, avendo garantito l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza in condizione di equilibrio economico, comunque non essendo assoggettate a piano di rientro e risultando adempienti [...] sono individuate in base a criteri di qualità dei servizi erogati, appropriatezza ed efficienza [...]»⁶⁴.

Il decreto considera in equilibrio economico le regioni che «garantiscono l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza in condizioni di efficienza e di appropriatezza con le risorse ordinarie stabilite dalla vigente legislazione a livello nazionale, ivi comprese le entrate proprie regionali effettive». Le regioni in equilibrio economico vengono individuate in base ai risultati relativi al secondo esercizio precedente a quello di riferimento⁶⁵.

Nell'individuazione delle regioni *benchmark* occorre, inoltre, garantire una rappresentatività territoriale in termini di appartenenza al Nord, al Centro ed al Sud, considerando almeno una regione di piccole dimensioni⁶⁶.

I costi standard vengono, così, computati a livello aggregato per ciascuno dei tre macrolivelli di assistenza (assistenza collettiva, assistenza distrettuale e assistenza ospedaliera) sulla base della media pro capite pesata del costo registrato dalle regioni di riferimento⁶⁷ e le cifre così individuate vengono applicate alla popolazione regionale pesata per classi di età⁶⁸.

A decorrere dall'anno 2015, è stabilito che i pesi siano definiti con decreto del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base degli ulteriori criteri previsti dall'articolo 1, comma 34, della l. n. 662/1996 (art. 27, comma 7, d. lgs. n. 68/2011, modificato dall'art. 1, comma 601, della l. n. 190/2014).

Si deve osservare che, per l'anno 2016, è stata prorogata l'individuazione, come regioni di riferimento, di quelle stabilite dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano nel dicembre 2015 e, per la determinazione dei fabbisogni standard regionali in

⁶⁴ Cfr. art. 27, comma 5, d. lgs. n. 68/2011.

⁶⁵ Cfr. art. 27, comma 7, d. lgs. n. 68/2011.

⁶⁶ Sul carattere macchinoso del procedimento di individuazione ed in senso critico sui parametri di scelta anche geografici che escludono che le tre regioni prescelte siano le migliori G. FARES, *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, cit., 214.

⁶⁷ Cfr. art. 27, comma 6, d. lgs. n. 68/2011.

⁶⁸ Cfr. art. 27, comma 7, d. lgs. n. 68/2011.

materia di sanità, sono stati confermati i costi pro-capite per livelli assistenziali delle regioni di riferimento rilevati dai modelli LA 2013 (ovvero i modelli di rilevazione dei costi dei livelli di assistenza delle Aziende Unità Sanitarie Locali e delle Aziende Ospedaliere), nonché i medesimi pesi per classi di età adottati in sede di determinazione dei fabbisogni standard regionali per l'anno 2015 (ai sensi del comma 7 *bis* dell'art. 27 introdotto dall'art. 6, comma 4 *bis*, del d.l. n. 210/2015, convertito con modificazioni in l. n. 21/2016).

In ultimo, in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, l'Intesa del 2 febbraio 2017 ha individuato Marche, Umbria e Veneto quali regioni di riferimento per applicare i costi medi rilevati a tutte le altre regioni⁶⁹.

Sull'impianto complessivo di tale sistema di finanziamento, una riflessione di carattere generale conduce ad evidenziare la connotazione *top down* dell'intera procedura, la quale si sostanzia ben lontana dal determinare i bisogni di salute della popolazione per definire, conseguentemente, le prestazioni ed i relativi costi.

Invero, il metodo del costo standard non appare funzionale a determinare – per somma – il livello complessivo della spesa sanitaria, bensì funziona da mero criterio di riparto delle risorse disponibili – stabilite *ex ante* – tra le regioni, in base al quale, in estrema sintesi, la quota di spesa di ciascuna regione è corrispondente alla quota pesata di popolazione regionale rispetto alla popolazione pesata nazionale ed agli indici di costo delle tre regioni di riferimento⁷⁰.

Infatti, l'applicazione di tale metodologia non attribuisce primario rilievo al bisogno di salute dei singoli contesti regionali, rilevando il principio generale secondo il quale il fabbisogno sanitario nazionale standard è stabilito “in coerenza con il quadro macroeconomico complessivo e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria”⁷¹ e, di conseguenza, si comprende che la nozione di fabbisogno è riferita al reperimento delle risorse necessarie a remunerare le prestazioni rientranti nei livelli essenziali⁷².

Quindi, anche in tale disciplina positiva del rapporto tra diritto alla salute e risorse finanziarie emerge un meccanismo distributivo che anticipa il rilievo della

⁶⁹ Cfr. Intesa 2 febbraio 2017 ed, in particolare, la metodologia applicativa del costo standard di cui all'Allegato A.

⁷⁰ Sul punto, G. CRISAFI, *Fabbisogni e costi standard*, cit., 8 ss.; G. FARES, *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, cit., 196 ss.; C. CISLAGHI, F. GIULIANI, *Costi standard: ma di che cosa stiamo parlando?*, in *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, cit., 63 ss.

⁷¹ Cfr. art. 26, comma 1, d. lgs. n. 68/2011.

⁷² Come evidenzia G. FARES, *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, cit., 200 ss., l'impianto del d. lgs. n. 68/2011 esclude dalla somma che corrisponde al fabbisogno sanitario nazionale standard le risorse incompatibili con i vincoli di finanza pubblica e in contrasto con gli obblighi assunti in sede comunitaria, le risorse volte a finanziare le prestazioni eccedenti i livelli essenziali, le risorse dirette a remunerare prestazioni non efficaci e non appropriate.

disponibilità di cassa rispetto alla dimensione della programmazione delle prestazioni, a sua volta condizionata anche dalla variabilità dell'efficienza gestionale dell'organizzazione sanitaria, dalla libertà prescrittiva dei medici, dalla prevalenza patologica correlata anche ai contesti territoriali.

In particolare, nell'attuale modello, appare ininfluente il c.d. indice di deprivazione socioeconomica, ossia l'impatto che le condizioni socio-economiche (correlate alla dimensione dell'appartenenza territoriale) producono sulle possibilità di accesso ai servizi sanitari e sugli esiti sanitari che, come già descritto, in base a studi pacifici, incidono fortemente sui bisogni di salute⁷³.

In tale cornice, dunque, il processo di standardizzazione dei costi, pur nella sua problematicità, potrebbe essere migliorato arricchendo la formula "capitaria" di ulteriori pesi ed obiettivi correlati al calcolo delle quote regionali: in particolare, appare inadeguata la previsione – quale unico elemento di correzione – del peso per classe di età della popolazione di cui all'art. 27, comma 7 *bis* del d. lgs. n. 68/2011⁷⁴.

Le analisi confermano il territorio nel quale si risiede quale fattore di disuguaglianza nella salute, al quale si sommano le variabili già descritte della regionalizzazione e dell'aziendalizzazione del servizio sanitario nonché le altre variabili – le differenze socio-economiche, di genere, culturali – che hanno l'effetto di acuire le disuguaglianze che hanno un'origine territoriale e si manifestano anche nelle modalità di accesso e di contribuzione/pagamento della prestazione sanitaria⁷⁵.

In questi termini, la mappatura conoscitiva dei SSR dovrebbe orientare e

⁷³ Sul punto, una posizione in senso contrario all'introduzione di correttivi volti alla "territorializzazione" del costo standard, B. CARAVITA DI TORITTO, *Salute e federalismo fiscale*, cit., 79. Sul tema, anche per i riferimenti bibliografici, si veda il documento *L'impatto delle disuguaglianze socio-economiche sul diritto ad avere eguali opportunità di salute in Italia*, Quaderno della Fondazione Umberto Veronesi – Per il progresso delle scienze, 2016, in www.fondazioneveronesi.it. Si veda anche l'ultimo *Rapporto BES 208. Il benessere equo e sostenibile in Italia*, a cura dell'Istat, consultabile in www.istat.it; anche le tavole statistiche ed i dati della rilevazione su 120.000 rispondenti condotta dall'Istat, in *Condizioni di salute e ricorso ai servizi sanitari*, 2014, consultabile in www.istat.it; inoltre, la *Relazione sullo stato sanitario del Paese 2012-2013*, a cura del Ministero della Salute, in www.rssp.salute.gov.it.

⁷⁴ Cfr. G. CRISAFI, *Fabbisogni e costi standard*, cit., 13. Nella prospettiva secondo la quale popolazioni con bisogni di salute differenti rispecchiano costi differenti in base ad un equo bilanciamento tra politiche di efficienza e tutela dei bisogni di salute v. C. ABBAFATI, F. SPANDONARO, *Costi standard e finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale*, in *Pol. san.*, 2011, 1 ss.

⁷⁵ È noto che le differenze territoriali permangono anche nei dati relativi alle modalità di accesso e contribuzione alla prestazione sanitaria che mostrano ulteriori difficoltà e disuguaglianze crescenti, con forme di razionamento più o meno implicito dell'offerta, trasferimento sui cittadini di una parte dei costi delle prestazioni (attraverso ticket, intramoenia e delisting), peso della spesa *out of pocket* delle famiglie, mobilità territoriale alla ricerca delle prestazioni necessarie e di qualità adeguata, rinuncia a prestazioni anche essenziali per motivi economici e di accesso, allungamento dei tempi di attesa.

dare contenuto ad una immediata revisione dei criteri di pesatura delle quote regionali di finanziamento, nella quale prevedere anche l'inserimento dell'indice di deprivazione socioeconomica al fine di dare rilievo al peso delle disuguaglianze sociali ed economiche sui livelli di salute.

In tale contesto, l'allineamento annuale del processo di programmazione e distribuzione della spesa sanitaria ai reali bisogni di salute (variabili nelle realtà territoriali) dovrebbe essere supportato ed orientato da un'azione amministrativa di monitoraggio ed analisi delle disuguaglianze di salute presenti nei territori, attraverso un'indagine delle caratteristiche del servizio reso e dei consumi sanitari, in grado di far emergere le criticità territoriali, individuandone cause ed interventi correttivi.

4. *Differenze territoriali e disuguaglianze di salute. Conclusioni*

Affrontare il tema delle disuguaglianze nelle opportunità di salute – ossia nell'esercizio del diritto alla prevenzione, al trattamento ed al controllo delle malattie, all'accesso eguale e tempestivo alle medicine essenziali ed ai servizi sanitari – pone al centro del dibattito la parziale adeguatezza della regionalizzazione e del processo di aziendalizzazione del servizio sanitario, che si confrontano con gli studi e le indagini relative alle disuguaglianze che esistono in Italia rispetto alla salute ed all'incremento dei divari regionali per effetto della crisi economica e della progressiva riduzione della spesa pubblica.

Gli interventi correttivi dovrebbero investire il piano della distribuzione dei finanziamenti quanto l'organizzazione sanitaria nel suo complesso.

Infatti, la descritta revisione del modello di finanziamento della spesa sanitaria mediante l'introduzione dell'indice di deprivazione socio-economica quale parametro distributivo delle risorse economiche tra le regioni dovrebbe, altresì, essere accompagnata da politiche di rilancio dell'aziendalizzazione e dell'autonomia imprenditoriale dell'azienda sanitaria, quale livello di governo più vicino all'utente e, pertanto, capace di incidere sull'effettività del diritto alla salute.

In particolare, nei rapporti tra le regioni e le aziende del SSR, dovrebbe essere corretta la rigidità del percorso *top down* di definizione annuale degli obiettivi di salute al fine di dare spazio, con la garanzia della copertura finanziaria, a nuovi processi di autovalutazione che conducano – nell'ambito delle singole aziende sanitarie – all'identificazione di ulteriori obiettivi annuali di performance organizzativa dei centri di responsabilità e di performance individuale, funzionali ad assicurare una progressiva "specificazione territoriale" degli obiettivi di salute (anche oltre i LEA), quale risposta concreta all'urgenza di una più equa e mirata organizzazione dei servizi e delle prestazioni, aderenti a scopi di riduzione delle disuguaglianze di salute nel territorio nazionale.

In tale contesto, dovrebbe orientarsi anche un eventuale processo di ristrutturazione/rilancio dell'aziendalizzazione del sistema sanitario, nel senso che l'organizzazione del sistema dei servizi offerti dovrebbe essere costruito in modo uniforme sulla domanda di salute del paziente e sulla rilevazione della qualità percepita, purtroppo mai introdotta in molte realtà sanitarie, con una valorizzazione dell'atto aziendale (sull'aspetto organizzativo), dei piani attuativi e del Piano triennale della Performance (sull'identificazione degli obiettivi generali e specifici) quali strumenti fondamentali dell'azienda sanitaria per identificare la migliore e funzionale organizzazione amministrativa in corrispondenza degli obiettivi da conseguire e per distribuire in modo correlato le responsabilità dirigenziali e le risorse.

Inoltre, anche al fine di orientare le prestazioni verso il miglioramento continuo dei servizi e la cultura del risultato, occorrerebbe intensificare l'uniformità amministrativa dei controlli di efficienza (la c.d. valutazione delle performance), attraverso condivisi modelli di misurazione delle performance individuali e delle strutture organizzative: ciò al fine di rendere possibile una maggiore trasparenza e comparabilità dei risultati delle attività e dei servizi sanitari, garantendo l'equa uniformità anche del riconoscimento distributivo della premialità tra il personale, che dovrebbe essere sempre agganciato anche alle soglie di qualità percepita dal paziente, costantemente monitorata e rilevata in sede aziendale.

In conclusione, sotto il profilo dell'organizzazione, le disuguaglianze trovano una buona medicina nell'antico antidoto del buon andamento: soltanto l'applicazione lineare ed uniforme del processo obiettivi – risorse – monitoraggio – rendicontazione costituisce la precondizione che consente di rilevare, correggere e superare, anche in un'ottica comparata, le inefficienze e le differenziazioni territoriali.

Abstract

Organization and right to health, to the test of regionalization
and corporatization of health systems

by Caterina Ventimiglia

The contribution proposes an analysis of the effectiveness of the right to health, deepening the evolution of “regionalization” and “privatization of a state-owned company” of the National Health Service, in comparison with the marked regional differences (gaps) in the provision of Essential Levels of Assistance. The author researches the profile of the organization and of the financing of health services which take on a peculiar complexity in the health sector, in which there is the most complex experience of decentralization and also the introduction of fiscal federalism through the application of the requirement and the standard cost.

For the purposes of overcoming health inequalities, the analysis proposes the territorialization of the standard cost through the introduction of the socio-economic deprivation index and considers fundamental the development of the health care company by enhancing the organizational autonomy and the introduction of an uniform system of internal controls on health services, including the detection of the quality perceived by the user, adequate to support the improvement of services and the uniform fulfillment of Essential Levels of Assistance.

Il *Social Impact Bond*: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto*

di Clara Napolitano

SOMMARIO: 1. *Social Impact Bond* (SIB) e problemi d'apice. – 2. Soggetti e finalità generali del SIB. – 3. La scelta del contraente privato fra dialogo competitivo e procedura ristretta. – 4. La discussa natura giuridica del SIB. – 4.1. Differenze rispetto all'appalto di servizi. – 4.2. *Segue*: e alla concessione di servizi. – 5. Una tesi: il SIB quale esempio di partenariato pubblico privato (PPP). – 6. I tre elementi essenziali del partenariato pubblico privato. – 7. Il SIB nel prisma del PPP. – 7.1. Il rischio. – 7.2. L'equilibrio economico-finanziario. – 7.3. Il monitoraggio. – 8. Spunti per una nuova costruzione del SIB: due vie di diritto.

1. Social Impact Bond (SIB) e problemi d'apice

Il tema del *Social Impact Bond* (d'ora in avanti indicato anche con l'acronimo SIB o semplicemente *Bond*) e delle sue complessità applicative illustra bene la tensione teorica fra due sistemi: quello kelseniano, per il quale la norma discende dall'alto¹; e quello romaniano, secondo cui, invece, è dal tessuto sociale che la norma prende vita².

Il SIB pone anzitutto un problema di fonti del diritto: le quali – accade sempre più di frequente – annettono ai campi del diritto positivo prassi già esistenti e non di rado consolidate nell'uso³.

* Relazione al convegno di Lecce del 17-19 maggio 2018 su *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*. Ringrazio gli organizzatori, Manolita Francesca e Carlo Mignone, per l'autorizzazione alla pubblicazione.

¹ La *Grundnorm* non è posta, ma presupposta; è sì «l'estremo fondamento» di validità della Costituzione e dell'ordinamento, ma «condizionato e, in questo senso, soltanto ipotetico». H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960; trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 217: «come norma suprema deve essere presupposta, in quanto non può essere posta da un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata. La sua validità non può più essere dedotta da una norma superiore, il fondamento della sua validità non può più essere discusso».

² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Milano, 1917. Sulla diffusione della tesi anche in altri ordinamenti, v. S. CASSESE, *Ipotesi sulla fortuna all'estero de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, pp. 177 ss.

³ Cfr. C. MIGNONE, *Meritevolezza dell'iniziativa, monetizzazione del benessere e nuovi modelli di welfare sussidiario*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2017, pp. 115 ss., secondo cui «la finanza a impatto sociale è un fenomeno che nasce dal basso» (p. 119): il che richiede per l'A. una previa ricognizione del modello emerso nella prassi oltreconfine.

D'altra parte, l'utilizzo di forme imprenditoriali private a scopo sociale è in linea con gli artt. 41 e 42 della nostra Costituzione, in ragione della «centralità nel sistema costituzionale del valore della persona umana e la conseguente funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali, proprietà ed

Gli ordinamenti stranieri⁴ registrano infatti – come, in forma embrionale, anche l'Italia⁵ – questo contratto di nuovo conio, innervato da complesse operazioni negoziali e connotato da effetti finanziari e sociali sicuramente innovativi, ma che non è stato ancora sufficientemente giuridificato⁶.

In generale, la possibilità per l'Amministrazione di perseguire l'interesse pubblico anche con moduli consensuali è assunto che non merita certo dimostrazione. Resta tuttavia, riguardo al SIB, un profilo non privo di incertezze con riguardo all'individuazione dei modelli a mezzo dei quali può trovare utilizzo nel nostro ordinamento.

Questo strumento (anche) finanziario⁷, che ha il suo fulcro – come vedremo

impresa, alle situazioni esistenziali quali garanzia e promozione del pieno sviluppo della personalità dell'uomo»: così P. PERLINGIERI, *Proprietà, impresa e funzione sociale*, in *Riv. dir. imp.*, 2/1989, pp. 207 ss., spec. p. 211.

Inoltre, sul rilievo che, nel nostro sistema, assume la funzione dell'impresa nella qualificazione dei processi di privatizzazione strutturale dei soggetti che erogano servizi di interesse generale v. M. FRANCESCA, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006, pp. 173 ss.

⁴ Sono noti i casi di studio, tra gli altri, del carcere di Peterborough nel Cambridgeshire (UK), dove il SIB concerneva la riduzione del tasso di recidiva della popolazione carceraria condannata a pena detentiva inferiore ai dodici mesi (c.d. *short-sentence offenders*); da lì il modello è stato replicato, sebbene con alcuni adattamenti, negli Stati Uniti per favorire la riduzione della recidiva tra i giovani detenuti della prigione di Rikers Island. Secondo quanto riportato da A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: i «Social Impact Bonds»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, pp. 69 ss., il Regno Unito conta quindici SIB in fase operativa, gli Stati Uniti quattro, l'Australia due, il Canada, l'Olanda, la Germania e il Belgio uno.

⁵ In Italia si registra anzitutto l'elaborazione del TRIS (acronimo per *TITOLO di RIDUZIONE della Spesa pubblica*) di Napoli, primo SIB volto alla riduzione del problema rifiuti, che tuttavia non ha poi trovato uno esito concreto. A Torino è in corso di studio un SIB per la riduzione del tasso di recidiva dei detenuti della casa circondariale Lorusso e Cutugno.

⁶ La sottoposizione di attività umane libere o convenzionali a regole formali – come riportato da M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 4/2015, pp. 657 ss. – è «un fenomeno complesso, contrassegnato da una produzione normativa come risposta ad attese regolative intrinsecamente presenti nei vari “sistemi” sociali». In senso giuridico, il lemma è impiegato come «sinonimo di traduzione in formule giuridiche di nuove fattispecie (corrispondente alla vecchia sussunzione o qualificazione), come intervento legislativo su attività originariamente governate dall'autonomia negoziale, o come mezzo inteso a garantire maggiore democraticità delle decisioni, affidate a un'ampia maggioranza e pertanto sottratte a singoli o a gruppi prevaricatori» (cfr. G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche di economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/1999, pp. 725 ss., citato dalla stessa Ramajoli). In generale, v. anche M. RENNA, B. MARCHETTI (a cura di), *La giuridificazione*, vol. III, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *Studi a 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016.

⁷ L'utilizzo innovativo della finanza a impatto sociale si registra soprattutto nei settori relativi all'esercizio dei diritti sociali e finanziariamente condizionati, per non frustrarne l'esercizio da parte dei meno abbienti. Cfr. L. IANNOTTA, *Amministrazione dello sviluppo ed economia e finanza di impatto sociale (debellare la povertà con il lavoro e l'imprenditorialità)*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2017, pp. 1571 ss.; sui diritti finanziariamente condizionati v. A. BRANCASI, *Diritto alla salute e contenimento della finanza pubblica*, in www.fondazioneforensesfirenze.it, 2016.

– in una particolare e articolata declinazione del rapporto tra la pubblica Amministrazione e i privati, resta ancora di discusso inquadramento nei contributi⁸ che hanno cercato di assicurargli una “vestizione” di diritto italiano⁹.

2. Soggetti e finalità generali del SIB

Dobbiamo quindi domandarci quali siano le categorie di diritto pubblico – dunque recepite dal nostro legislatore e avallate dalla giurisprudenza¹⁰ – che possano offrire una base regolativa per il SIB.

È opportuno partire da un dato sostanziale, dall’analisi – seppur rapida – del tipo negoziale¹¹ oggetto del nostro studio.

Il paradigma del SIB¹² può essere descritto nei termini che seguono.

Nella dottrina civilistica, v. l’approfondito contributo di S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 4/2009, pp. 1019 ss., circa l’emersione dell’interesse pubblico – correlata alla progressiva erosione di un interesse *superindividuale* – anche in istituti contrattualistici come le cc.dd. nullità di protezione.

⁸ Incentrati soprattutto sui profili economici – di convenienza e rischio – per i privati investitori: v. per esempio G. PASI, *Credito e innovazione sociale: l’avvento di nuovi schemi negoziali nell’amministrazione delle carceri. La direzione suggerita dai Social Impact Bond*, in *Rass. econ.*, 1/2015, pp. 2017 ss.; ID., *I Social Impact Bond: nuovi schemi negoziali tra misurazione dell’impatto e finanza strutturata*, in F. MAINO, M. FERRARA (a cura di), *Secondo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, Torino, 2015, pp. 12 ss.

⁹ Come nel pregevole studio di A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione*, cit.

¹⁰ Sul ruolo della giurisprudenza nell’interpretazione delle fonti nel diritto amministrativo v. M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4/2015, pp. 683 ss.; ID., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. amm.*, 2/2011 pp. 463 ss. Inoltre, sul tentativo della giurisprudenza d’imprimere certezza e fornire un criterio ordinante il sistema delle fonti anche nel diritto amministrativo e nella prassi delle Amministrazioni, v. da ultimo A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, 2018.

¹¹ In via stipulativa, si parla qui di tipo negoziale solo per indicare la struttura del SIB che – come si vedrà – sfugge alla tipicità contrattuale: ciò, nella scia dell’insegnamento di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 124 ss., secondo cui il tipo contrattuale attiene alla struttura dell’atto, mentre la causa unicamente alla meritevolezza dell’interesse tutelato dall’ordinamento giuridico, corrispondendo alla funzione economico-individuale dell’atto attraverso cui le parti hanno inteso regolare propri, specifici e concreti interessi.

¹² G. PASI, *Credito e innovazione sociale*, cit., p. 209: «In estrema sintesi un *social impact bond* potrebbe essere definito come un accordo che ha quale proprio perno la pubblica amministrazione, disposta a condividere con gli investitori i risparmi ottenuti grazie al miglioramento di determinati *outcome* sociali. In altri termini ancora si può quindi dire che un *social impact bond* è un contratto con l’amministrazione pubblica, in cui quest’ultima si impegna ad effettuare un pagamento a fronte di un miglioramento dei risultati sociali tale da generare una riduzione dei costi complessivi della amministrazione pubblica medesima. Se l’obiettivo viene raggiunto, dunque alcuni risparmi futuri vengono generati, gli investitori ricevono il rimborso del capitale iniziale più un ritorno finanziario. Il ritorno è chiaramente commisurato al grado dei miglioramenti ottenuti, ossia dei risparmi generati per le casse del settore pubblico».

Uno o più investitori privati, coordinati da un promotore-intermediario, finanziano attività d'interesse sociale secondo un programma recepito in una convenzione conclusa con una p.A., la quale s'impegna a remunerare i servizi prestati nella sola ipotesi che l'attività abbia raggiunto gli obiettivi concordati in quell'atto bilaterale.

Attori *necessari* del programma sono – oltre alla p.A., al promotore-intermediario e agli investitori privati – il prestatore di servizi e un nucleo esterno e indipendente che deve valutare l'impatto sociale del servizio erogato.

Altri attori – solo *eventuali* – possono aggiungersi: un *advisor*; uno o più garanti dell'investimento; uno o più gestori degli strumenti di garanzia. Il moltiplicarsi degli attori determinerà – è evidente – l'aumento dei rapporti contrattuali e dunque la complessità dell'operazione.

Ciascuno dei soggetti coinvolti ha un ruolo ben definito.

a) La p.A. individua in fase di programmazione l'interesse pubblico¹³ da conseguire e le aree d'intervento, concordando un programma con il prestatore di servizi e predisponendo la provvista finanziaria per remunerare l'investimento qualora gli obiettivi siano raggiunti.

b) Gli investitori privati forniscono il capitale iniziale, che sarà impiegato per il finanziamento dei servizi erogati nel programma: sono coloro che *rischiano* la perdita di quel capitale.

c) Il promotore-intermediario ha il delicato ruolo della gestione e del coordinamento degli attori, sia nel caso in cui l'accordo sia concluso su iniziativa della parte pubblica (e allora costui assume il ruolo di mero intermediario), sia che ciò avvenga su iniziativa del privato (che sarà, in tal caso, il reale promotore del SIB): reperisce i finanziamenti e individua il prestatore di servizi, remunerandolo direttamente con il capitale degli investitori per compensare i suoi costi di servizio.

d) Il prestatore di servizi ha un ruolo eminentemente operativo: si tratta generalmente di un'organizzazione del terzo settore (onlus, cooperative, fondazioni, *charities*, imprese sociali *etc.*) che fornisce appunto il servizio ed è pertanto direttamente responsabile anche della qualità dello stesso.

e) Il nucleo di valutazione è un soggetto *terzo* e *indipendente*, che ha il compito di verificare – attraverso strumenti di misurazione metrica quale, per esempio, il *Robust outcome metric*¹⁴ – l'efficacia del programma di termini di impatto sociale

¹³ M. IMMORDINO, A. CONTIERI, F. FRANCIANO, A. ZITO, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, II, Napoli, 2010; M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *Nuove auton.*, 1/2010, pp. 69 ss.

¹⁴ Sulla metodologia di calcolo e sui suoi riflessi circa l'impatto delle politiche, v. lo studio di C. MCPHAIL, H. R. MAIER, J. H. KWAKKEL, M. GIULIANI, A. CASTELLETTI, S. WESTRA, *Robustness Metrics: How Are They Calculated, When Should They Be Used and Why Do They Give Different Results?*, in *Earth's future*, 2018, <https://doi.org/10.1002/2017EF000649>.

In termini generali, la rilevazione statistica dell'impatto è il segmento finale dell'*impact investing*, categoria nella quale rientrano i contratti *pay-by-result* e quindi i SIB. Cfr. sul punto A. DEL

positivo: dall'esito della verifica dipenderà la remunerazione degli investitori da parte della p.A., la quale restituirà il capitale e corrisponderà una percentuale della spesa pubblica risparmiata.

A sua volta, il compito degli attori eventuali può così compendiarsi.

a) L'*advisor* ha una competenza tecnica di supporto alle figure pubbliche, qualora necessaria e non già posseduta dagli enti stessi e/o dal promotore-intermediario.

b) I garanti dell'investimento sono soggetti – fondazioni, banche – che assicurano agli investitori il rientro di almeno una parte del capitale: quindi parti di un contratto di fideiussione con il promotore-intermediario e gli investitori.

c) Ai gestori degli strumenti di garanzia, infine, spetta di ridurre il rischio in capo agli investitori, promuovendo forme di copertura di parte o di tutto il capitale investito. Le commissioni eventualmente previste sono erogate dall'intermediario, attraverso il capitale degli investitori.

Così configurato, il SIB parrebbe dunque presentare caratteristiche non troppo dissimili dal ben più sperimentato *project financing*¹⁵.

GIUDICE, *I Social impact bond*, Milano, 2015, p. 29: «La produzione di un impatto sociale è l'ultimo anello di una catena di valore distinta in cinque parti: l'identificazione delle risorse necessarie a un progetto (*input*); le attività operative (*activities*); l'erogazione del servizio (*output*); la misurazione dei cambiamenti (*outcome*); la verifica statistica dell'impatto dei cambiamenti dovuti alle attività (*impact*)». Per identificare correttamente in che cosa consista la misurazione dell'impatto si prenda il caso del SIB di Peterborough, il cui obiettivo era la riduzione del tasso di recidiva dei detenuti *short-sentenced*: si potevano distinguere le risorse impiegate (in termini economici e umani); le attività (prestate dall'operatore sociale); i detenuti trattati (*output*); la riduzione della recidiva (*outcome*); l'evidenza statistica dell'impatto sui detenuti delle attività erogate (*impact*).

In altre parole, la misurazione dell'impatto, sempre secondo Del Giudice, consiste in un «confronto statistico che possa in modo non ambiguo ricondurre l'effetto di riduzione della recidiva alle attività erogate. Quindi, ad esempio, attraverso l'osservazione di un campione di controllo di detenuti non trattati, si può verificare se la differenza della recidiva tra i due gruppi risulti statisticamente significativa» (ancora p. 29).

Il *Robust outcome metric* costituisce, però, solo una delle scale di misurazione dell'impatto sociale della prestazione: se ne annoverano altre, stante la difficoltà d'individuare parametri oggettivi misurabili che possano dare garanzia di riferimento per le (eventuali) remunerazioni finanziarie degli investimenti. Le scale si differenziano a seconda dei parametri prescelti, ai quali sono attribuiti valori e "pesi specifici" diversi: cfr. A. DEL GIUDICE, *op. cit.*, pp. 31-32, che segnala IRIS, un'iniziativa di economisti per identificare le categorie d'indicatori sociali ed elaborare scale di misurazione dell'impatto: una delle quali – molto diffusa – è il *Social Return Of Investment* (SROI).

¹⁵ Per G. PASI, *Credito e innovazione sociale*, cit., p. 213, il rapporto tra SIB e *project financing* s'inquadra in quello di specialità: «Le analogie tra i *social impact bond* e la finanza di progetto suggeriscono che tra queste due forme può esistere un rapporto di genere e specie. In effetti, in termini di definizione, di ruoli interpretati dai soggetti coinvolti e di processi di attuazione vi sono importanti sovrapposizioni tra i *social impact bond* e il *project financing*: infatti il fenomeno delle *public-private partnership*, di cui i *social impact bond* sono chiara espressione, era nato come evoluzione verso una più adeguata gestione del rischio all'interno del mondo della finanza di progetto, al fine di espandere i suoi confini verso nuovi *asset class*».

La p.A. non finanzia però un soggetto specifico, bensì un progetto complesso, che può essere sovvenzionato con la partecipazione del privato fin dalla sua elaborazione, anche qualora l'iniziativa non provenga dall'apparato pubblico.

A differenza del *project financing*, ancora, quel progetto non è in grado di generare flussi di cassa, ma è a c.d. remunerabilità condizionata: come detto, la p.A. remunererà gli investitori solo se l'azione avrà conseguito risultati positivi sul piano dell'impatto sociale. L'applicazione di questa condizione al rientro dei capitali investiti allinea gli interessi di tutti i partecipanti, affinché la "macchina" del singolo *Bond* ottenga i risultati d'interesse pubblico per cui è stata disegnata¹⁶.

Una struttura contrattuale siffatta, peraltro, fa sorgere una questione che merita d'essere affrontata in via preliminare rispetto a quelle circa le procedure di scelta delle parti private e la compatibilità con i contratti pubblici tipizzati nel Codice: si tratta della possibilità stessa d'esistenza nell'ordinamento italiano di questo negozio atipico sotto il profilo della sua compatibilità con le regole di contabilità pubblica delle pp.AA.

Il SIB – come già accennato – è un sottotipo dei contratti *payment-by-result*, nei quali il pagamento delle prestazioni da parte di un contraente è condizionato al raggiungimento di un peculiare risultato da parte dell'altro: il pagamento delle prestazioni è dunque incerto nell'*an*.

Nel caso specifico del SIB, quel pagamento è incerto non solo nell'*an*, ma anche nel *quantum*: come detto, la p.A. si obbliga a pagare un'aliquota del risparmio di spesa pubblica per remunerare gli investitori, ma solo a patto che il servizio prestato abbia raggiunto un certo livello d'impatto sociale, soggetto a misurazione da parte del nucleo di valutazione terzo e indipendente.

Il *project financing* (o finanza di progetto), come noto, costituisce un particolare schema di realizzazione e gestione delle opere pubbliche o di pubblica utilità che si fonda sul coinvolgimento di operatori economici (e capitali) privati in fase progettuale, esecutiva e gestionale. Consiste in un finanziamento a lungo termine avente per oggetto un singolo progetto, la cui gestione è idonea a remunerare il capitale investito e a produrre nel tempo un cospicuo flusso di cassa.

Al centro dell'operazione è proprio l'investimento che i soggetti finanziatori decidono in favore di una società appositamente costituita (la c.d. società di progetto), confidando nella validità del progetto stesso e prescindendo dalla capacità patrimoniale del soggetto finanziato.

Con questo strumento si consente la copertura finanziaria di investimenti sulla base di un progetto ritenuto di pubblico interesse, della sua realizzazione e gestione e della sua attitudine a produrre reddito per un determinato periodo. In argomento v., tra gli altri, P.K. NEVITT, *Project financing*, Bari, 1987; G.F. FERRARI, F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004; C. MALINCONICO, *Il project financing*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. Le tipologie contrattuali. IV*, Milano, 2008, pp. 2610 ss.; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013; A. BLASINI, *La finanza di progetto tra diritto pubblico e diritto privato: alla ricerca di un adeguato modello di "accountability"*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2015, pp. 1315 ss.

¹⁶ Così, A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione*, cit., p. 76, per il quale «attraverso la traslazione dall'amministrazione pubblica agli investitori (privati) del rischio economico del programma ed il meccanismo del pagamento (posticipato) sulla base dei risultati conseguiti (c.d. *pay for results*) si impone una distribuzione dei rischi del tutto confacente a massimizzare l'efficacia e l'efficienza delle azioni di intervento» (sempre p. 76).

Il SIB, insomma, muove dall'idea che gli investitori corrispondano la loro quota di capitale con l'obiettivo di ottenere, al termine del progetto e della prestazione del servizio, la parte economica del dividendo complessivo, che può infatti definirsi «misto»¹⁷: finanziario (la remunerazione da parte della p.A.) e sociale (l'impatto positivo sulla collettività).

Ora, abbiamo già visto che la componente “sociale” di questo dividendo è nello stesso tempo *condizione* e *misura* di realizzazione di quella “finanziaria”: la remunerazione è collegata al positivo impatto sociale.

Deriva da ciò la centralità che ricopre l'attività di misurazione, la cui scala di riferimento dev'essere predeterminata, quantificabile, riconoscibile e controllabile con dati certi: valutare se la prestazione di un servizio (per esempio, nel caso Peterborough la rieducazione e l'immissione nel mondo del lavoro dei detenuti *short-sentenced offenders*) abbia avuto o meno un impatto sociale positivo non può essere questione rimessa alla sensibilità diffusa di una determinata collettività. Al contrario, quella determinazione dev'essere misurabile, poiché da essa derivano conseguenze di tipo economico-finanziario.

In presenza di un impatto sociale positivo, occorre poi domandarsi se la remunerazione debba essere fissa oppure proporzionale al livello della ricaduta sociale.

Nel primo caso, il pagamento è incerto soltanto nell'*an*; nel secondo, è incerto anche nel *quantum*.

Quest'ultima ipotesi pone problemi di coerenza con l'ordinamento contabile italiano: le Amministrazioni, come noto, sono tenute alla redazione di bilanci pluriennali nei quali gli impegni di spesa per le obbligazioni che saranno adempiute e quindi estinte devono vincolare e destinare un importo *certo*¹⁸ nell'*an* e nel *quantum*.

¹⁷A. DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 12, parla di «dividendo misto», il quale «consiste nell'individuare quei benefici sociali che un'attività di prevenzione è in grado di generare, quantificandone l'aspetto economico in termini di risparmio di spesa futura e utilizzando un'aliquota di questo risparmio per remunerare l'investitore che ha “scommesso” sulla riuscita di un progetto». In altre parole, quel dividendo è composto da un *financial return* e da un *social return*: il primo dipende dalla valutazione positiva del secondo (p. 30).

¹⁸Come ha puntualizzato A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, il bilancio previsionale degli enti pubblici svolge una duplice funzione: di previsione e di autorizzazione delle spese, le quali possono essere realizzate, nel corso dell'esercizio (inteso quale ciclo temporale della gestione), esclusivamente se previste appunto dal bilancio e in misura non superiore all'importo previsto, per ciascuna tipologia di spesa, dal bilancio stesso (cfr. p. 12).

L'impegno di spesa, a sua volta, è inteso quale «rilevazione contabile dell'insorgenza di un rapporto obbligatorio passivo» (sempre A. BRANCASI, *op. cit.*, p. 69): più propriamente «impegnare una spesa significa [...] vincolare per un corrispondente ammontare lo stanziamento di spesa ad una determinata obbligazione, impedendo così che alle relative risorse sia data una diversa destinazione; consentire, nel contempo, lo svolgimento delle ulteriori fasi dell'*iter* contabile necessarie per poter pervenire all'estinzione del rapporto obbligatorio» (p. 263). L'impegno di spesa si assume a seguito del perfezionamento dell'obbligazione, collocandosi nella fase attuativa dell'obbligazione stessa come atto autonomo che costituisce il vincolo sulle previsioni di bilancio dopo aver determinato gli elementi della spesa quali ammontare, destinatario e causa (p. 264).

Attesa, dunque, la *certezza* – o almeno la *prevedibilità* – che deve connotare la formazione di un bilancio, l'armonizzazione tra regole di contabilità pubblica e SIB può raggiungersi mediante la costruzione di un rapporto obbligatorio che preveda un criterio preciso – ancorché strutturato secondo scale di misurazione dell'impatto positivo – di determinazione del *quantum*: è insomma necessaria una individuazione pattizia – e *pluribus*¹⁹ – del criterio con cui il nucleo di valutazione misurerà l'impatto sociale.

Muovendo lungo questa linea, non appare impossibile invalere le dinamiche finanziarie del SIB nel modello contabilistico italiano.

La disposizione di riferimento – l'art. 10, d.l. n. 118/2011²⁰ – stabilisce che il bilancio di previsione deve essere almeno triennale, con scorrimento e aggiornamento²¹.

L'intero ammontare dell'obbligazione deve essere imputato all'esercizio (e al relativo bilancio) in cui l'impegno è preso, indipendentemente da *quando* l'obbligazione dovrà essere adempiuta e si renderà necessario effettuare il relativo pagamento (*ibidem*).

¹⁹ Cfr. *supra*, nota 14.

²⁰ Si riporta per comodità di consultazione il testo vigente dell'art. 10, d.l. n. 118/2011.

«1. Il bilancio di previsione finanziario è almeno triennale, ha carattere autorizzatorio ed è aggiornato annualmente in occasione della sua approvazione. Le previsioni di entrata e di spesa sono elaborate distintamente per ciascun esercizio, in coerenza con i documenti di programmazione dell'ente, restando esclusa ogni quantificazione basata sul criterio della spesa storica incrementale.

2. A seguito di eventi intervenuti successivamente all'approvazione del bilancio, la giunta, nelle more della necessaria variazione di bilancio e al solo fine di garantire gli equilibri di bilancio, può limitare la natura autorizzatoria degli stanziamenti del bilancio di previsione, compresi quelli relativi agli esercizi successivi al primo. Con riferimento a tali stanziamenti, non possono essere assunte obbligazioni giuridiche.

3. Gli impegni di spesa sono assunti nei limiti dei rispettivi stanziamenti di competenza del bilancio di previsione, con imputazione agli esercizi in cui le obbligazioni passive sono esigibili. Non possono essere assunte obbligazioni che danno luogo ad impegni di spesa corrente:

a) sugli esercizi successivi a quello in corso considerati nel bilancio di previsione, a meno che non siano connesse a contratti o convenzioni pluriennali o siano necessarie per garantire la continuità dei servizi connessi con le funzioni fondamentali, fatta salva la costante verifica del mantenimento degli equilibri di bilancio;

b) sugli esercizi non considerati nel bilancio, a meno delle spese derivanti da contratti di somministrazione, di locazione, relative a prestazioni periodiche o continuative di servizi di cui all'art. 1677 del codice civile, imputate anche agli esercizi considerati nel bilancio previsione, delle spese correlate a finanziamenti comunitari e delle rate di ammortamento dei prestiti, inclusa la quota capitale.

4. Alle variazioni al bilancio di previsione, disposte nel rispetto di quanto previsto dai rispettivi ordinamenti finanziari, sono allegati i prospetti di cui all'allegato n. 8, da trasmettere al tesoriere.

4-bis. Il conto del tesoriere è predisposto secondo lo schema di cui all'allegato n. 17».

²¹ Come tutti sanno, il bilancio può essere annuale (e copre un esercizio finanziario di regola coincidente con l'anno solare) o pluriennale (in tal caso riguarda più esercizi).

In via generale, il bilancio pluriennale può essere o meno scorrevole: la non scorrevolezza comporta che esso, una volta approvato, rimane in vigore per tutto il periodo a cui si riferisce, cosicché al suo spirare è necessario adottarne uno nuovo; la scorrevolezza sta invece a indicare che il bilancio pluriennale è adottato ogni anno, in modo che si aggiunga un nuovo esercizio a quelli già considerati.

La scorrevolezza può poi essere con o senza aggiornamento.

Al momento della stipulazione del SIB la p.A. dovrebbe dunque imputare all'esercizio corrente l'importo da remunerare agli investitori in caso di impatto sociale positivo, prescindendo dall'esercizio in cui l'obbligazione dovrebbe essere adempiuta.

E poiché le scale di misurazione sono graduate, la parte pubblica dovrebbe appostare somme pari alla misura *massima* dell'esborso prevedibile, ipotizzando dunque che l'impatto sociale positivo raggiunga il massimo livello possibile.

Così operando, nel successivo momento della valutazione i casi saranno pertanto due: se il progetto avrà generato un *impact* favorevole, la p.A. dovrà corrispondere un importo pari (o minore, ove il risultato sarà inferiore al livello massimo) alla voce appostata in bilancio; qualora invece il progetto non abbia raggiunto lo standard d'impatto sociale prestabilito, l'Amministrazione registrerà una sopravvenienza attiva, che potrebbe essere reinvestita – in un nuovo bilancio previsionale – in altri obiettivi pubblici o sociali²².

L'incertezza sull'*an* e sul *quantum* della remunerazione degli investimenti privati dev'essere compensata dalla previsione di una misura *massima* del pagamento da parte della p.A. e di una affidabile prevedibile scala di misurazione dell'impatto sociale. Solo così il rispetto delle regole di contabilità pubblica non sarà compromesso da una spesa "imprevista" nel caso si debba provvedere alla restituzione di capitale e interessi agli investitori privati a seguito di *impact* positivo del progetto.

3. La scelta del contraente privato fra dialogo competitivo e procedura ristretta

L'utilizzo del SIB da parte della p.A. comporta l'attivazione di una procedura a evidenza pubblica, donde un primo aspetto da esaminare: la scelta del contraente privato.

Si è autorevolmente sostenuto²³ che questa selezione possa avvenire

Nel primo caso, ogni anno – nell'adottare il nuovo bilancio pluriennale – oltre ad aggiungere un esercizio a quelli già considerati e a togliere l'esercizio già trascorso, si rideterminano le previsioni anche per gli esercizi comuni al precedente bilancio pluriennale.

Si ha invece scorrevolezza senza aggiornamento quando si aggiunge un ulteriore esercizio al precedente bilancio pluriennale, senza modificare le previsioni relative agli esercizi che questo già prendeva in considerazione (cfr. A. BRANCASI, *op. cit.*, pp. 71-72).

²² Secondo A. DEL GIUDICE, *op. cit.*, la p.A. potrebbe utilizzare l'istituto dell'accantonamento a bilancio, sebbene questa soluzione sia foriera di problemi quanto al reinvestimento in diversa destinazione delle somme eventualmente non corrisposte dalla p.A. per insuccesso del progetto. Per uscire dall'*impasse*, l'A. richiama il più volte ricordato caso Peterborough, nel quale «il Ministero, nel predisporre il piano di rimborso del SIB, ha registrato contabilmente una sopravvenienza passiva (*contingent liability*) che, solo nel caso si verificassero le condizioni di pagamento, diventerebbe un costo effettivo da liquidare. Nel caso italiano, la pubblica amministrazione potrebbe prevedere un impegno di spesa che preveda la corresponsione del capitale e degli interessi pattuiti, nel caso si verificasse l'evento del raggiungimento dell'obiettivo pattuito, salvo poi trovarsi con una sopravvenienza attiva qualora tale obiettivo non fosse raggiunto» (p. 62).

²³ M. CLARICH, *Conclusioni*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, p. 292.

mediante la procedura di dialogo competitivo²⁴: la cui caratteristica flessibilità è ordinata a «una continua interazione tra ditte partecipanti e stazione appaltante»²⁵, sì da ridurre l'asimmetria informativa²⁶, consentendo altresì di perseguire al meglio l'interesse pubblico individuato a monte dall'Amministrazione in sede di programmazione.

L'utilizzo del dialogo competitivo presenta vantaggi indubbi: consente all'Amministrazione di preselezionare gli operatori privati che concorreranno alla gara ponendovi a base un progetto che è il frutto, appunto, del confronto tra tutti i partecipanti.

In origine²⁷ questo procedimento – disciplinato dai previgenti artt. 3 e 58, d.lgs. n. 163/2006 – era ammesso in via eccezionale nei casi di appalti particolarmente complessi²⁸, che rendevano inadeguato l'esperimento di una procedura selettiva “classica”: la peculiarità dell'appalto giustificava le interazioni prodromi-

²⁴ Secondo M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. econ.*, 3/2018, pp. 625 ss., il dialogo competitivo è di difficile applicazione poiché se, per un verso, lascia il decisore pubblico di fronte a scelte più libere e ampiamente discrezionali, per altro verso è foriero di responsabilità erariale: ciò induce a preferire l'utilizzo di procedure standardizzate e più formalizzate rispetto a quelle più flessibili (p. 639).

Non dissimile la vicenda degli accordi *ex art.* 11, l. n. 241/'90: di «dungo abbandono» parla infatti P.L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 4/2015, pp. 147 ss.

²⁵ Tar Friuli, Trieste, I, 15 novembre 2012, n. 420.

²⁶ A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione*, cit., p. 84.

²⁷ Il dialogo competitivo era invero una procedura ammessa in via eccezionale a causa delle interazioni tra stazione appaltante e privati con riferimento a tutti gli aspetti che sarebbero stati poi oggetto della gara d'appalto. Per esempio, Tar Lazio, I, 14 luglio 2015, n. 9383 ha ritenuto che «i chiarimenti e persino le integrazioni delle offerte possono essere chiesti in specifiche procedure quali il dialogo competitivo e la procedura negoziata, dove vi è un dialogo tra stazione appaltante e concorrenti e i chiarimenti e le integrazioni vengono chiesti a tutti i concorrenti, ma al di fuori di tali ipotesi non è prevista un'interlocuzione tra stazione appaltante e concorrenti nella fase di valutazione delle offerte». Circa la procedura tipizzata di presentazione delle offerte nelle procedure d'appalto v. il recente contributo di M. CALABRÒ, *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, in *Dir. econ.*, 2/2017, pp. 219 ss.

M. CAFAGNO, *Contratti pubblici*, cit., sottolinea che il dialogo competitivo è metodo «duttile» di selezione che «risponde alla necessità di concedere spazio all'affinamento delle conoscenze, anche per spronare scoperte e innovazioni, in funzione del perfezionamento di contratti onerosi e incerti» (p. 632).

La maggiore rigidità delle procedure a evidenza pubblica tipizzate non sottrae, tuttavia, l'Amministrazione al pericolo delle infiltrazioni mafiose, in merito alle quali v'è una corposa giurisprudenza: in proposito M. IMMORDINO, *Gli appalti pubblici tra documentazione antimafia ed esigenze di efficienza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2-3/2013, pp. 625 ss.

²⁸ L'appalto era considerato particolarmente complesso quando la stazione appaltante «non è oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi»; oppure «non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto» (art. 58, comma 2, d.lgs. n. 163/2006). Si doveva versare, insomma, in una obiettiva condizione d'incertezza operativa dell'Amministrazione.

che tra la stazione appaltante e le imprese che avrebbero partecipato alla gara (da indirsi in una fase successiva), si da colmare l'oggettivo *gap* informativo tra p.A. e privati nella definizione dell'interesse pubblico da soddisfare e nelle modalità attraverso le quali conseguirlo.

Col nuovo codice la procedura è divenuta di utilizzo ordinario²⁹, «con l'effetto che le amministrazioni aggiudicatrici non sarebbero più limitate dalla necessaria valutazione sulla complessità dell'appalto: ciò non toglie che la necessità della negoziazione si giustifichi poi, di fatto e sovente, proprio in ragione della complessità dell'oggetto dell'appalto o del progetto o delle specifiche tecniche in vista del raggiungimento di determinati risultati»³⁰. La nuova regolazione – *ex art. 64* del codice dei contratti – consente il dialogo competitivo quando l'aggiudicazione richieda, per esempio, «soluzioni innovative»: sicché il SIB, che senza dubbio rientra in questo schema, potrebbe essere oggetto di aggiudicazione tramite il procedimento in esame.

Ancora, potrebbe ipotizzarsi il ricorso a una procedura ristretta di selezione del contraente privato³¹: la quale ha alla base un invito dell'Amministrazione alle imprese operanti sul mercato³² e si svolge secondo la nota struttura bifasica per cui in una prima fase (di prequalificazione) la stazione appaltante, ricevute le domande di partecipazione, verifica il possesso dei requisiti di ammissione; mentre nella seconda avvia un confronto concorrenziale che si svolge come una procedura aperta, anche se soltanto con i soggetti ammessi.

Bisogna inoltre considerare un dato: e cioè che il SIB può anche essere

²⁹ Sebbene i dati statistici del triennio 2015-2017 dimostrino che in Italia questo strumento dialogico e flessibile non sia pressoché inutilizzato, a differenza di quanto accade in altri Paesi europei come Francia, Inghilterra e Germania. Cfr. l'analisi dei dati riportata da M. CAFAGNO, *Contratti pubblici*, cit., p. 633.

³⁰ R. DAMONTE, M. BERSI, *Commento all'art. 61*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017, p. 1058.

³¹ *Ex art. 61*, d.lgs. n. 50/2016. V. in proposito R. DAMONTE, M. BERSI, *Commento all'art. 61*, cit., pp. 1013 ss.

³² L'impresa che sia operante sul mercato e non sia stata invitata è peraltro legittimata a impugnare gli atti della procedura per l'illegittima esclusione. Cfr. Tar Lazio, Roma, I, 4 settembre 2018, n. 9145: «Per essere legittimati ad impugnare gli atti delle procedure negoziate senza pubblicazione del bando, a cui non si è stati invitati, è sufficiente allegare la propria condizione di società operante nel settore oggetto della procedura, senza che sia al contrario necessario dimostrare di possedere tutti i requisiti occorrenti per essere invitati alla gara e risultarne aggiudicatari all'esito. In tal caso, infatti, l'impresa è titolare di un interesse qualificato e tutelato a contestare la scelta di una p.A. di procedere all'affidamento di un appalto di lavori, servizi o forniture, mediante procedura negoziata, giacché può essere azionato in sede giurisdizionale l'interesse strumentale a che l'Amministrazione, in seguito all'accoglimento del gravame e in ossequio alle previsioni normative interne e comunitarie, indica una procedura ad evidenza pubblica aperta o ristretta, alla quale il ricorrente sia ammesso a partecipare, in condizioni di parità con gli altri operatori economici; ovvero anche a che alla procedura negoziata, come pure si pretende nel caso di specie, l'impresa stessa sia almeno invitata».

oggetto di una proposta-iniziativa da parte del privato. Il che non modifica i termini della questione, poiché l'Amministrazione è comunque obbligata a dare avviso pubblico circa la sua intenzione di scegliere un contraente per l'erogazione del servizio. Torna l'idea che il *Bond* possa essere considerato una *species* della più nota e diffusa finanza di progetto: l'osservazione trova invero il conforto del dato pratico, poiché le poche esperienze di SIB nel nostro ordinamento sono state impostate tramite il *project financing*.

Emerge qui un aspetto da tenere in debito conto: nel caso di SIB a iniziativa privata non è improbabile che il soggetto si faccia promotore dell'intera operazione contrattuale, identificando gli aderenti al *Bond*, e dunque anche il prestatore effettivo del servizio. Se l'Amministrazione indirà una gara ponendo a base d'asta quel progetto, le opzioni possibili per non eludere l'evidenza pubblica saranno due: o i soggetti privati costituiranno un operatore aggregato unico, per cui vi sarà presumibilmente un'unica procedura di scelta del soggetto con cui concludere il SIB. Oppure l'Amministrazione bandirà due procedure: la prima, con oggetto la scelta dell'intermediario-promotore³³ che intercetti i finanziamenti e si occupi della gestione del SIB; la seconda, con oggetto il servizio da affidare al prestatore effettivo.

In quest'ultimo caso non potrà essere lo stesso promotore a scegliere il prestatore d'opera, pena l'elusione dei meccanismi di trasparenza e di tutela della concorrenza. Il SIB avrebbe una strutturazione più semplice, poiché la p.A. affiderebbe a un soggetto scelto con gara la gestione finanziaria dell'operazione, mentre affiderebbe il servizio al prestatore, espletata una seconda, apposita procedura di scelta: l'erogazione, sebbene d'impatto sociale, sarebbe così possibile in seguito all'esperimento di procedimenti a evidenza pubblica già previsti dal codice dei contratti per l'affidamento di servizi a rilevanza economica³⁴.

³³ Peraltro, è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale – una volta individuato il promotore e ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato – l'Amministrazione non è tenuta a esperire la procedura di gara, non essendosi ancora costituita in capo a quel promotore nessuna situazione di vantaggio. Si v. in proposito, *e plurimis*, Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 820, con commento di D. CAMPUGLIANI, in *L'Amministrativista*, disponibile all'indirizzo <http://lamministrativista.it/articoli/news/sulla-dichiarazione-di-pubblico-interesse-della-proposta-presentata-dal-promotore>.

³⁴ Vero è che i servizi di cui generalmente i SIB si occupano hanno – come s'è visto – una destinazione a scopi di utilità sociale. Tuttavia la remunerazione del prestatore e il collegamento del pagamento di una *fee* a favore degli investitori al buon esito del servizio denotano il rilievo anche economico dell'operazione e dunque l'esclusione della totale gratuità dell'accordo, la quale consentirebbe invece di non applicare le norme del codice dei contratti pubblici. In questo senso si è, peraltro, orientato il Consiglio di Stato nel suo parere sulle procedure a evidenza pubblica da seguire nell'ambito del terzo settore (parere comm. spec., 20 agosto 2018, n. 2052), all'interno del quale non è possibile sottrarsi alle normazioni pro-concorrenziali se non in ipotesi tassative e restrittivamente intese.

Secondo il Consiglio di Stato, «L'iscrizione, ai fini euro-unitari, della natura imprenditoriale ad ogni attività di intrinseco rilievo economico incontra le sole esclusioni esplicitamente previste dallo stesso diritto

4. *La discussa natura giuridica del SIB*

Esaminati sia il modello nei suoi profili essenziali, sia le possibili alternative nella procedura di scelta del contraente privato, possiamo adesso soffermarci

euro-unitario, che, concretando disposizioni eccezionali, sono da interpretarsi in forma tassativa. [...] mentre le direttive del 2004 escludevano pressoché *in toto* i servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, le direttive di nuova generazione del 2014 includono espressamente pure gli “*appalti di servizi sociali*”, in tal modo disvelando la sottesa *mens legis* tesa ad un approfondimento ed avanzamento progressivo dei principi del mercato anche in un settore, quale quello *de quo*, prima lasciato ai decisori nazionali. Si è pertanto passati dal regime di esclusione a quello di inclusione, con tutte le conseguenze del caso. Si deve, in proposito, evidenziare che il concetto europeo di “*appalto*” è sensibilmente più ampio di quello nazionale ed inerisce a tutti i “*contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi?*” (cfr. Codice dei contratti pubblici, art. 3, lett. *ii*). Di regola, dunque, l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un “*appalto*”) che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario. Cionondimeno, al ricorrere di alcune condizioni la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché: – la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo; – non tenda, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale; – la procedura disciplinata dal diritto interno miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito (il punto sarà trattato più diffusamente *infra* in questo paragrafo e nei limiti ivi indicati). I primi due punti sono un corollario delle finalità del diritto europeo: questo, invero, tende all'apertura del mercato e, pertanto, non si protende per così dire all'indietro a disciplinare modalità di contatto fra Amministrazione e soggetti privati prive di carattere selettivo e non tese all'affidamento, neanche solo prospettico, di un servizio. Il terzo punto deriva dal fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi: non solo, infatti, dal punto di vista testuale è “*appalto pubblico*” ai fini europei esclusivamente il contratto a titolo oneroso, ma, in un'ottica sostanziale, lo svolgimento di un servizio in assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza in quanto (e nei limiti in cui) si risolve in un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato perché incapace di essere auto-sufficiente mediante la copertura dei costi con i ricavi. In tal caso la gratuità assume due significati: sotto un primo profilo, la creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto; sotto un secondo profilo, il sostenimento eventuale di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale (evenienza tipica delle associazioni di volontariato, cfr. art. 17 del codice del terzo settore). In tali casi si realizza la corretta fattispecie della gratuità, vale a dire un aumento patrimoniale di un soggetto, in questo caso la collettività, cui corrisponde una sola e mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore. Per questa linea, la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in *non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore. Di conseguenza, esso non è reso dal mercato, anzi è fuori del mercato*. Viceversa, la gratuità si risolverebbe, addirittura, in concorrenza sleale nei confronti degli imprenditori che in ipotesi dessero vita a un mercato di tali servizi».

L'ampia citazione è qui necessaria perché l'esclusione della gratuità del SIB fonda proprio sull'esistenza di un investimento remunerabile o comunque garantito (mentre il prestatore d'opera non gestisce mai il servizio in perdita, ma consegue sempre un risultato di pareggio). La remunerazione – sebbene futura e condizionata – che gli investitori possono ottenere denota la natura sostanzialmente onerosa del SIB: l'eventualità che la p.A. debba remunerare (sia pure *ex post*) il servizio prestato esclude dunque la gratuità dell'intera operazione e la fa soggiacere all'evidenza pubblica.

sulla natura giuridica del SIB e sulla sua eventuale sovrapposibilità ai modelli previsti dal codice dei contratti.

4.1. *Differenze rispetto all'appalto di servizi*

Qualora intenda esternalizzare l'esecuzione di lavori, la fornitura di servizi o l'acquisto di forniture, la p.A. – com'è noto – può rivolgersi al mercato tramite due tipologie contrattuali: l'appalto e la concessione.

L'art. 3, comma 1, lettera ii), del codice definisce in generale gli «*appalti pubblici*» come «*contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi*».

In base alla successiva lettera vv), poi, la «*concessione di servizi*» è un «*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi [...] riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi*».

Nell'appalto di servizi³⁵, in particolare, il beneficiario della relativa prestazione è la stessa p.A., la quale corrisponde all'appaltatore un *prezzo predeterminato* a fronte della prestazione.

Nella concessione di servizi, invece, il beneficiario non è – o non è *in primis* – l'Amministrazione, bensì l'utenza pubblica, la quale in linea di principio paga una tariffa per fruire dei servizi stessi³⁶. La concessione, inoltre, si differenzia dall'appalto poiché essa presuppone la traslazione in capo all'operatore economico *anche del rischio della gestione*³⁷.

³⁵ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Si v. anche F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi.it*, 14/2016, pp. 1 ss., il quale definisce il servizio pubblico come «la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico che organizza un'offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, e utenti; esso è assunto dal soggetto pubblico con legge o atto generale, rendendo doverosa la conseguente attività» (p. 5).

³⁶ Come rileva F. FRACCHIA, *Pubblico e privato*, cit., il servizio, quando gestito in concessione, dà luogo a un rapporto triangolare: «il concessionario deve svolgere il servizio rispettando il "ritmo" indicato dall'amministrazione» (p. 5). In giurisprudenza v., *ex multis*, Cons. Stato, V, 21 marzo 2018, n. 1811: «la giurisprudenza nazionale ha, dapprima, attribuito rilevanza alla struttura del rapporto, che intercorre tra due soggetti (stazione appaltante e appaltatore) nel caso dell'appalto di servizi ed invece tra tre soggetti (amministrazione concedente, concessionario ed utente) nel caso della concessione di servizi (cfr. Cons. Stato, Adunanza plenaria, 7 maggio 2013, n. 13), per poi indicare nel rischio economico l'elemento qualificante la concessione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624 e Cass. civ., Sezioni Unite, 20 aprile 2017, n. 9965)».

³⁷ La direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione, al *considerando* n. 18, stabilisce infatti che «la caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore».

Si veda in questo senso la determinazione ANAC n. 10/2015: «ciò che caratterizza la

Il SIB sembra quindi non rientrare nell'appalto, atteso che in questa tipologia contrattuale l'Amministrazione *non* si assume alcun rischio di mercato per i servizi prestati³⁸.

Resta, allora, da verificare se il SIB possa rientrare nel modello concessorio.

4.2. Segue: *e alla concessione di servizi*

Un recente studio di fattibilità³⁹ ha in effetti ricondotto il SIB alla concessione di servizi.

concessione, sia essa di lavori che di servizi, differenziandola dal contratto d'appalto, è la ripartizione del rischio tra amministrazione e concessionario. In assenza di alea correlata alla gestione, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato, non si configura la concessione bensì l'appalto, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione, da una cattiva gestione, da inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o da cause di forza maggiore. Nella concessione, invece, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato. Pertanto, in assenza di un effettivo trasferimento del rischio in capo al concessionario, le procedure di aggiudicazione dovranno essere quelle tipiche dell'appalto e i relativi costi dovranno essere integralmente contabilizzati nei bilanci della stazione appaltante. La nuova direttiva europea, all'art. 5, comma 1, specifica con chiarezza che il contenuto necessario del contratto di concessione è il trasferimento del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o servizi al concessionario, cioè la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione. La parte del rischio trasferita al concessionario, in altri termini, deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Il rischio operativo espone il concessionario al rischio di perdite derivanti da squilibri che si possono generare sia dal lato della domanda (ad esempio, una domanda di mercato inferiore a quella preventivata) sia dal lato dell'offerta (la fornitura di servizi non in linea con la domanda di mercato). In altri termini, si ha un rischio operativo quando non è garantito nel corso dell'esecuzione il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario previsto in fase di affidamento». Cfr. anche S. MONZANI, *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, in *Foro amm. CDS*, 1/2013, pp. 243 ss.

³⁸ Cfr. Tar Lombardia, I, 11 novembre 2016, n. 2090: «il pilastro principale che caratterizza tali meccanismi contrattuali [concessori, n.d.r.] è costituito dal rischio operativo, che ha natura economica ed implica la possibilità che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione, rischio che deve permanere in capo al privato che contrae con l'Amministrazione, dovendo quest'ultima rispondere della sola omissione nel monitoraggio dell'operazione (ad esempio nell'effettuazione dei controlli relativi alla qualità o ai ritardi della prestazione del concessionario), ma non delle componenti del rischio cosiddette di disponibilità, di offerta o di domanda, legate, cioè, le prime due rispettivamente nelle opere fredde e nelle opere calde alla *performance* del concessionario in relazione allo standard di qualità e di volume della prestazione rispetto a quello predeterminato nel contratto, e, la terza, alla domanda del mercato, soggetta, ad esempio, ad un calo di consumi».

³⁹ *L'applicazione di strumenti pay-by-result per l'innovazione dei programmi di reinserimento sociale e lavorativo delle persone detenute*, s.d., realizzato da Human Foundation e Fondazione Sviluppo e Crescita CRT, con l'apporto del Politecnico di Milano, dell'Università di Perugia e di KPMG. Il documento è disponibile all'indirizzo <http://humanfoundation.it/ita/info/45-l-applicazione-di-strumenti-pay-by-result-per-l-innovazione-dei-programmi-di-reinserimento-sociale-e-lavorativo-delle-persone-detenute/file.html>.

Tale sarebbe, in particolare, il contratto che l'Amministrazione conclude, previa evidenza pubblica, col privato o "soggetto attuatore", descritto come un *operatore aggregato* in quanto composto da promotore, investitori, prestatore del servizio. E poiché l'operatore aggregato annovera tra i suoi componenti anche gli investitori (gli unici soggetti che immettono capitale di rischio), l'alea grava in capo non alla parte pubblica, bensì sul privato.

In sostanza, il SIB – secondo la ricostruzione in esame – rientrerebbe nello schema concessorio per un dato *negativo*, l'assenza di rischio in capo all'Amministrazione.

Questa lettura appare corretta, ancorché parziale.

Data la fluidità del modello, non è infatti scontato che l'accordo sia sempre concluso con attori *tutti* astretti dal "vincolo aggregativo"⁴⁰, potendo essere invece instaurati rapporti *singulatum*: evenienza non improbabile, in assenza di una norma che la vieti.

Ma poiché i soli soggetti esposti a rischio sono gli investitori (i quali però non erogano alcun servizio), l'unico contratto avente a oggetto il servizio stesso sarebbe stipulato con il fornitore, a sua volta remunerato da un soggetto terzo (dagli investitori, direttamente o tramite l'intermediario istituzionalizzato). La qual cosa, secondo la giurisprudenza⁴¹, non snaturerebbe comunque l'onerosità del contratto (onerosità da intendersi in senso *sostanziale* o *debole* e che può anche sfuggire alla sinallagmaticità tra prestazione e prezzo, laddove per esempio questa sia retribuita da un soggetto terzo⁴²). A questo punto, però, il contratto tra p.A. e fornitore non rientrerebbe più nella concessione bensì – paradossalmente – nell'appalto, dato che quel fornitore è remunerato dagli investitori, vede garantita la copertura delle spese e consegue un pareggio di bilancio senza correre alcun rischio gestorio.

La lettura offerta dal citato studio di fattibilità, insomma, non sembra attagliarsi pienamente a tutte le declinazioni possibili del SIB.

⁴⁰ Peraltro non si comprende bene in quale forma, se contrattuale o istituzionalizzata, *ad instar* della società-veicolo nel *project financing*. V. in proposito M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *Federalismi.it*, 3/2012, la quale sottolinea la difficoltà, nel contesto ordinamentale contemporaneo, di ricondurre a un unico *genus* un insieme di soggetti ibridi e di natura ancipite.

⁴¹ Cfr. in proposito, *ex multis*, Cons. Stato, III, 4 ottobre 2017, n. 4631, la quale – nel caso di affidamento diretto di una fornitura a titolo gratuito a un soggetto che era remunerato con apposito finanziamento da parte di altro ente – non ha escluso l'onerosità dell'appalto e dunque la sua necessaria riconduzione ai parametri di trasparenza europei tramite procedura a evidenza pubblica. Sia consentito il rinvio, per un commento della decisione, a C. NAPOLITANO in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2017, pp. 1215 ss.

⁴² Cons. Stato, III, n. 4631/2017, cit., distingue tra l'utilità finanziaria – legata al percepimento di un lucro – e l'utilità economica dell'appaltatore quale lecito elemento immateriale inerente «al fatto stesso del divenire ed apparire esecutore, evidentemente diligente, della prestazione richiesta dall'Amministrazione». Conseguenza di ciò «è la preferenza, nell'ordinamento dei contratti pubblici, per un'accezione ampia e particolare (rispetto al diritto comune) dell'espressione "contratti a titolo oneroso", tale da dare spazio all'ammissibilità di un bando che preveda le offerte gratuite (salvo il rimborso delle spese), ogniqualvolta dall'effettuazione della prestazione contrattuale il contraente possa figurare di trarre un'utilità economica lecita e autonoma, quand'anche non corrispostagli come scambio contrattuale dall'Amministrazione appaltante».

Inoltre – pur volendoci attenere all'ipotesi più lineare di un accordo unico, stipulato tra l'Amministrazione e l'operatore aggregato (investitori, prestatore del servizio, intermediario) – il rischio che grava su quest'ultimo è sensibilmente diverso da quello che di regola grava sul concessionario. E questo emerge soprattutto dalla progressiva individuazione del *quid* della concessione da parte della Corte di giustizia, ad avviso della quale il baricentro funzionale di questo rapporto sta nella *gestione del servizio*, che dev'essere *remunerativo*. In altre parole, sul concessionario deve gravare un *rischio economico connesso all'attività imprenditoriale, legato cioè ai flussi di cassa che la gestione di quel servizio è in grado di generare*. Si tratta generalmente delle c.d. opere calde o *self-liquidating*, pagate dall'utenza (es. costruzione e gestione di autostrade), nelle quali l'uso del bene e il pagamento della tariffa generano flussi di cassa che remunerano il concessionario-gestore.

Ora, può sì accadere che la gestione del servizio dato in concessione generi flussi in nulla o solo in parte remunerativi: è il caso rispettivamente della concessione delle c.d. opere fredde (nelle quali è dominante la funzione sociale: la costruzione di scuole o di istituti penitenziari gestiti dal polo pubblico) o delle c.d. opere tiepide (nelle quali la gestione produce sì un flusso di cassa, ma è accompagnata da una contribuzione economica dell'Amministrazione). Ma il *proprium* della concessione – anche in tali ultime tipologie – consiste sempre nell'allocazione del rischio gestorio in capo al concessionario.

È questo il c.d. «rischio operativo»⁴³, in forza del quale al gestore non dev'esser di regola garantito il recupero degli investimenti fatti o dei costi sostenuti per l'erogazione del servizio in concessione. Esso discende, più precisamente, dall'esposizione all'alea di mercato, la quale consiste a sua volta nel fatto che – provenendo la remunerazione del servizio da soggetti terzi (i fruitori) rispetto all'Amministrazione – l'operatore economico può trovarsi nella situazione in cui i ricavi non coprono i costi⁴⁴.

S'incontra qui un primo tratto distintivo fra SIB e concessione di servizi. Il rischio che il privato li si assume, infatti, non ha natura *stricto sensu* imprenditoriale, fondando invece sulla *rispondenza del progetto e del servizio prestato alle politiche pubbliche*. L'alea dell'operatore deri-

⁴³ Sul quale v. Part. 3, lett. *zzz*), codice dei contratti pubblici. Cfr., per la giurisprudenza europea, CGUE 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione c. Italia*.

⁴⁴ Cfr. CGUE 10 marzo 2011, C-274/09, *Strong Segurança S.A.*

Non assumono rilevanza i rischi legati a una cattiva gestione o a errori di valutazione da parte dell'operatore economico, i quali prescindono dal fatto che il contratto di servizio sia riconducibile alla tipologia dell'appalto ovvero a quella della concessione.

Cfr. in proposito CGUE, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A Sia*, nonché Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22, la quale ha precisato che «La definizione della concessione di servizi rinvenibile nell'art. 3, comma 1, lett. *m*)», d.lgs. n. 50 del 2016, [...] e la previsione di puntuali e cogenti regole procedurali per l'affidamento dei servizi in concessione consentono di ritenere, ormai, superate gran parte delle difficoltà definitorie e delle ambiguità regolative prodotte dalla scarsa disciplina preesistente», riconoscendosi nella traslazione del rischio operativo della gestione e nella direzione del servizio, nei confronti dell'utenza e non dell'Amministrazione, i tratti essenziali della concessione.

va, insomma, dalla possibilità che i servizi prestati non producano l'impatto sociale atteso dall'Amministrazione e quindi non conducano *a posteriori* ad alcun risparmio di spesa.

Questo profilo si collega al secondo tratto che differenzia il SIB rispetto alla concessione di servizi. L'oggetto del contratto – il servizio da gestire – *non è necessariamente remunerativo* in relazione al mercato; al contrario, la remunerazione del contraente è solo eventuale, è liquidata dalla p.A. ed è soggetta alle verifiche del controllo-qualità della prestazione.

L'alea del SIB, insomma, non è pienamente assimilabile a quella della concessione di servizi, poiché nel nostro caso il rapporto è tipizzato *ab imis* da un sinallagma tra una prestazione certa (il servizio) e una (la remunerazione da parte dell'Amministrazione) incerta nell'*an* e nel *quantum*⁴⁵.

5. *Una tesi: il SIB quale esempio di partenariato pubblico privato (PPP)*

Sembra pertanto più convincente quell'orientamento dottrinale che differenzia il SIB tanto dall'appalto quanto dalla concessione, considerandolo un «contratto aleatorio atipico di partenariato pubblico-privato»⁴⁶.

Anche questa definizione desta comunque qualche perplessità.

Gli aspetti condivisibili emergono con nitidezza. Il SIB esibisce infatti i tratti essenziali del partenariato pubblico privato (PPP), come delineato negli artt. 3, comma 1, lett. *eee*) e 180⁴⁷ del codice dei contratti pubblici: normazione dalla quale si può

⁴⁵ R. NICOLÒ, *Alea(ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 1026.

⁴⁶ A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione*, cit.

⁴⁷ Per comodità di lettura, di seguito si riporta il testo dell'art. 3, comma 1, lett. *eee*) nonché dell'intero art. 180.

Art. 3, comma 1, lett. *eee*):

«contratto di partenariato pubblico privato' [è il] il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-*bis*, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat».

Art. 180. (Partenariato pubblico privato):

«1. Il contratto di partenariato è il contratto a titolo oneroso di cui all'articolo 3, comma 1, lettera *eee*).

2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna. Il contratto di partenariato può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica.

3. Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore

desumere in modo agevole che l'atipicità è elemento che connota la "galassia" qui in esame⁴⁸. Questa ricostruzione garantisce la flessibilità degli strumenti negoziali⁴⁹,

economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3 comma 1 lettere aaa), bbb) e ccc). Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga *ex ante*. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico.

4. A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Se la ridotta o mancata disponibilità dell'opera o prestazione del servizio è imputabile all'operatore, tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico.

5. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita *ex ante*, ovvero rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo.

6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

7. Si applica quanto previsto all'articolo 165, commi 3, 4 e 5, del presente codice.

8. Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti».

⁴⁸ Le pressanti esigenze di duttilità delle forme di contrattazione pubblico-privata sono percepite anche in ambiti diversi da quelli a rilevanza economica, per esempio nella gestione dei beni culturali. Sia consentito il rinvio a C. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali* (paper per il convegno AIPDA di Reggio Calabria del 4-6 ottobre 2018 su «Arte, cultura e ricerca scientifica»), disponibile all'indirizzo <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=42>.

⁴⁹ Per R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto in trasformazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2017, pp. 27 ss., spec. p. 32, l'atipicità contrattuale è il punto di forza del partenariato, atteso il ruolo polifunzionale svolto dal privato. Senza poi dimenticare il dato, già evidenziato, per cui queste azioni pubbliche possono essere concluse anche in virtù

i quali restano comunque soggetti a logiche di funzionalizzazione⁵⁰ e richiedono quindi l'esperimento di procedure a evidenza pubblica.

D'altra parte, l'atipicità contrattuale è tendenzialmente compensata dalla tipizzazione dell'interesse pubblico: l'autonomia negoziale nell'amministrazione di interessi pubblici non può di certo essere intesa nel senso privatistico tradizionale⁵¹ come libertà di scelta nel fine e nel mezzo, poiché il *fine* è predeterminato

di una pluralità di negozi giuridici tra loro connessi e sinergici, spesso connotati da elevata complessità.

⁵⁰ Cfr. F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4/2016, pp. 549 ss., secondo cui il rapporto tra diritto pubblico e privato nello svolgimento delle funzioni amministrative è da sempre problematico e contraddittorio, dato che «da sempre più frequente penetrazione dei moduli privatistici nell'azione amministrativa ha finito per determinare una reazione del legislatore che, al fine di tutelare interessi che sarebbero stati compromessi dall'applicazione delle sole regole del diritto comune, ha esteso singole discipline dettate per amministrazioni ed enti pubblici ad operatori formalmente – e talvolta anche sostanzialmente – privati; l'opera di ripubblicizzazione è poi stata completata dalla giurisprudenza, che ha proceduto ad una complessiva riqualificazione pubblica dei soggetti privati, assoggettandoli al diritto amministrativo».

Per l'abbandono della logica rigidamente dicotomica in favore di quella, più realistica e funzionale, di coesistenza dei due diritti v. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Roma, 2000, secondo cui, al fine di delineare l'ambito applicativo delle regole pubblicistiche, la natura giuridica dell'ente è fatto di per sé ininfluenza rispetto alle funzioni di cura di interessi pubblici, le nicchie in grado di determinare il regime dei relativi atti. G. ROSSI, *Le fattispecie miste pubblico-privato. Chiavi di lettura e questioni di metodo*, in *ridiam.it*, 2016 e in G. ROSSI, D. D'ALESSANDRO e D. PAPPANO (a cura di), *Il metodo e la teoria generale: nozioni elementari e gradazioni*, in corso di pubblicazione, applica a queste fattispecie miste il metodo gradualista, secondo il quale la disciplina a esse applicabile è dettata dall'elemento prevalente – pubblico o privato – volta per volta identificabile.

L'A. utilizza l'immagine della «pozzanghera giuridica», riferendola a fattispecie *ibride*: tali dal punto di vista organizzativo (ad esempio, le società miste), dell'attività (come gli accordi e le convenzioni), delle posizioni giuridiche (diritti privati solo apparentemente assoluti), le quali uniscono in sé profili di impossibile separazione («Come si può spiegare, ad esempio, una pozzanghera, l'acqua torbida, mischiata alla terra, senza avere da un lato la nozione dell'acqua e dall'altro quella della terra? Individuate le nozioni essenziali, queste si compongono tra loro secondo le varie gradazioni nelle quali l'una o l'altra è prevalente. Questo metodo trova applicazioni concrete nelle definizioni delle fattispecie miste che sono ora diventate sempre più numerose e consente alla giurisprudenza di fornire spiegazioni esaurienti a fenomeni nuovi», p. 273).

Rossi rifiuta generalizzazioni e semplificazioni, ritenute metodologicamente errate: «Può apparire singolare che, nel cercare chiavi di lettura di nuove fattispecie miste, derivanti dall'evoluzione dell'economia e del suo rapporto con il pubblico potere, le si individuino nelle elaborazioni scientifiche della dottrina risalente nel tempo, come in Italia Gian Domenico Romagnosi e in Germania Otto von Gierke. In entrambi il criterio della gradazione era chiaramente enunciato e applicato con proprietà. La spiegazione sta nel fatto che, collocati all'inizio della fase di sviluppo e di giuridicizzazione dei pubblici poteri e dei servizi pubblici ne coglievano più facilmente i profili essenziali, e che, non aderendo alle tesi hegeliane sulle quali si è fondata la dogmatica stato-centrica, e quindi partendo dal "basso" (la persona, i gruppi sociali) anziché dall'alto (lo Stato, la norma), usavano strumenti più adatti a comprendere i fenomeni articolati e dinamici come sono quelli che l'attuale scienza del diritto amministrativo deve indagare e capire» (p. 274).

⁵¹ E sempre più oggetto di critica. Cfr. adesso F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno «diritto dello sviluppo economico»*, in *Pol. dir.* 3/2018, pp. 507 ss., il quale ricorda il pensiero di Rodotà teso a «rifiutare concettualistiche distinzioni erette tra pubblico e privato, fondate sull'acritica accettazione di un loro rigido confine presidiato da (contrapposte) sfere di autorità e libertà. Un atteggiamento

dal legislatore, e pertanto indisponibile in ossequio al principio di legalità, centrale anche quando la p.A. utilizzi moduli negoziali⁵².

mento, questo, che se non criticamente ridiscusso espone alternativamente la scienza privatistica a due differenti ordini di criticità. Da un lato, il rischio di venire marginalizzata alla mera disciplina delle “attività economiche minori” (quei “piccoli traffici” dell’individuo proprietario rispetto ai quali può forse ancora dirsi sufficiente la tecnica normativa incentrata sulla triade soggetto-bene-obbligazione plasticamente emergente già dalla struttura del *Code Napoléon*). Dall’altro, e con problematicità ancor più evidenti, di rendere il privatista un “guardiano notturno” di scelte che trovano altrove – nelle politiche del liberismo economico – la loro origine e forza giustificativa, e rispetto alle quali la tratlizia raffigurazione del diritto privato come area di libertà e autodeterminazione finisce per essere l’espedito retorico che giustifica la preclusione di qualsiasi intervento eteronomo, capace di porre argine a quelle “penetranti disuguaglianze di fatto che contraddicono la parità formale di situazioni ed il pari potere della volontà di ciascun individuo” (i passi del Maestro citati da Mezzanotte sono tratti da S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato della società moderna*, Bologna, 1971, pp. 9 ss., spec. pp. 10 ss.). Mezzanotte ricorda opportunamente anche gli sviluppi sostanziali della riflessione introno al principio di uguaglianza, e dunque le osservazioni di Bianca sulla necessità di intenderlo come «parità reciproca» tra gli individui e dunque in sé preclusivo della «possibilità di divisare regole, o di avallarne prassi interpretative, che possano dirsi manifestazione di un’unilaterale imposizione dell’autonomia di un soggetto rispetto ad un altro» (F. MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 510, che richiama C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, poi in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2002, p. 51).

⁵² Ad avviso di R. DIPACE, *op. cit.*, il principio di tipicità non trova applicazione nel diritto contrattuale della p.A., poiché «la tipicità provvedimentoale e quella contrattuale operano su piani distinti, poiché le due categorie di atti non sono assimilabili» (p. 33). Secondo l’A., peraltro, nel diritto amministrativo la tipicità riguarda tanto il fine quanto il mezzo, l’interesse pubblico costituendo la “causa” di uno specifico provvedimento. Nel contratto, invece, la causa e il tipo hanno ruoli diversi: i privati possono perseguire i loro interessi – purché meritevoli *ex art.* 1322 c.c. – sia con strumenti tipici che atipici. Il tipo negoziale non esprime la causa del negozio.

Questa ricostruzione induce la giurisprudenza a ravvisare nell’assenza di causa del provvedimento un motivo d’illegittimità-annullabilità e non di nullità. Cfr. Cons. Stato, IV, 24 aprile 2016, n. 2202: «Anche dopo l’inserimento nel vigente sistema amministrativo dell’art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, che ha codificato la nullità “strutturale” del provvedimento amministrativo (ossia per difetto dei suoi elementi essenziali), tale peculiare vizio può essere in concreto ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l’inesistenza dell’oggetto; in particolare, con riferimento all’ipotetico difetto della causa, che sul piano civilistico è causa di nullità del negozio, questo nella teoria del provvedimento amministrativo, laddove lo si identifichi con l’insussistenza dell’interesse pubblico che esso dovrebbe perseguire, costituisce una ordinaria ipotesi di annullabilità del provvedimento amministrativo, *ex art.* 21-*octies* comma 1, della stessa l. n. 241 del 1990, *sub specie* di eccesso di potere; e ciò discende non solo dalla peculiarità della patologia del provvedimento amministrativo rispetto a quella del negozio giuridico, nella prima essendo del tutto prioritario e prevalente l’aspetto “funzionale” (ossia la finalizzazione del provvedimento a un interesse pubblico), ma anche dall’eccezionalità del vizio di nullità rispetto alle ordinarie forme di illegittimità conoscibili dal giudice amministrativo e rilevanti quali cause di annullabilità». Sulla ricostruzione della causa quale elemento essenziale del provvedimento cfr. A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell’atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2018, e la bibliografia ivi riportata; più in generale, sul tema della nullità, M.R. SPASIANO, *Perduranti profili di incertezza in ordine alla figura dell’atto amministrativo nullo per mancanza degli elementi essenziali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2/2017, pp. 631 ss.

Ma anche l'ipotesi di inalveare il SIB nello schema di partenariato recepito dal codice dei contratti suscita – come si diceva – alcuni dubbi, non pienamente sopiti neppure volendosi riferire al PPP atipico di cui all'art. 180, comma 8, del codice: norma che richiede comunque la presenza degli elementi essenziali del partenariato – tipologie di rischio, equilibrio economico-finanziario, monitoraggio – che nel SIB sembrano assenti o, quanto meno, articolati in modo dissonante rispetto al modello di diritto positivo.

Passiamo dunque a trattarne.

6. I tre elementi essenziali del partenariato pubblico privato

La difficoltà concerne generalmente il *rischio*⁵³, che nel partenariato assume aspetti peculiari, puntualmente individuati dal Giudice amministrativo nelle loro articolazioni e specificazioni⁵⁴.

Sull'interpretazione del provvedimento, cfr. M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. 1. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012.

⁵³ Secondo G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2018, pp. 599 ss., «costituisce caratteristica dei contratti in esame il trasferimento del rischio all'operatore privato non solo nel momento genetico del rapporto negoziale, ma, altresì, per tutta la durata della loro esecuzione. Nei contratti in cui la pubblica amministrazione risulta l'acquirente principale dei servizi può verificarsi, tuttavia, che l'operatore privato, siccome libero da ogni preoccupazione legata ai processi selettivi del mercato, possa perdere interesse, in mancanza di meccanismi di incentivo o di controllo, a svolgere l'attività secondo i necessari criteri di attenzione alla qualità ed ai costi del servizio. In tal senso, pertanto, la verifica della permanenza dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera secondo la natura del contratto non può limitarsi ad un'operazione preliminare alla conclusione del medesimo, ma giustifica l'adozione, quale forma di garanzia del rispetto della disciplina contrattuale, di un'attività di controllo e monitoraggio durante l'intera esistenza del rapporto contrattuale». Sottolinea l'A. che i profili del rischio campeggiano nella disciplina dei contratti di PPP «tanto da plasmare oggetto, contenuto e sorte del rapporto contrattuale».

⁵⁴ Tar Lombardia, IV, 9 febbraio 2018, n. 386: «Il partenariato pubblico privato – la cui nozione è contenuta nell'art. 3, lettera eee) del d.lgs. 50/2016 – trova la sua disciplina di dettaglio negli articoli 179 e seguenti del medesimo decreto legislativo e segnatamente nell'art. 180 e secondo il comma 8 di quest'ultimo la finanza di progetto (disciplinata dall'art. 183 del codice dei contratti pubblici) è compresa nella figura del contratto di partenariato pubblico privato; inoltre ai sensi dell'art. 180, comma 3, il contratto di partenariato implica il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico, sotto il triplice profilo del rischio di costruzione, del rischio di disponibilità e del rischio di domanda dei servizi resi (la nozione di queste tre figure di rischio si trova nell'art. 3 già sopra citato, rispettivamente alle lettere aaa, bbb e ccc); parimenti, nella concessione di servizi (si veda per la definizione l'art. 3, lettera vv del codice), risulta essenziale il trasferimento in capo al concessionario del "rischio operativo" (sul quale, si veda l'art. 3, lettera zz del codice), il che implica che in condizioni operative normali non deve essere garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione del servizio in concessione; in definitiva il trasferimento del rischio – nelle sue varie tipologie – in capo all'operatore economico privato assume quindi un rilievo fondamentale ai fini della qualificazione di un accordo fra un soggetto privato ed un soggetto pubblico, quale partenariato pubblico privato/concessione oppure quale appalto di servizi».

Dal punto di vista strutturale – come appena accennato – il PPP si connota per tre elementi essenziali e identificativi: la traslazione del rischio sul privato, l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione (inteso quale convenienza economica dell'intervento nel periodo di durata del contratto⁵⁵), il monitoraggio sulle operazioni al fine del mantenimento dell'alea in capo al privato.

Quanto al primo elemento identificativo, sono tre – ai sensi dell'art. 180, comma 2, del codice – le tipologie di rischio oggetto di quella traslazione, definite dall'art. 3, lett. *aaa*), *bbb*) e *cc*).

Più nel dettaglio, il rischio di costruzione *ex* art. 3, lett. *aaa*) è legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico compreso il mancato completamento dell'opera (rischi amministrativi, espropri, forniture, aumento costi, progettazione errata, *etc.*).

Il rischio di disponibilità di cui all'art. 3, lett. *bbb*) deriva invece dalla capacità, da parte dell'operatore economico, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume sia per standard di qualità previsti (manutenzione non prevista, obsolescenza tecnica, *etc.*).

Infine, il rischio di domanda – art. 3, lett. *cc*) – dipende dalla variabilità in diminuzione dei volumi di richiesta del servizio che il contraente deve soddisfare, donde la contrazione dei flussi di cassa.

A questi rischi tipizzati possono aggiungersene altri. Per esempio, il rischio normativo, inteso quale cambiamento della normazione in corso d'opera che costringa l'operatore privato a modifiche progettuali o nell'esecuzione e che, pertanto, determini aumenti dei costi; il rischio finanziario, connesso al mancato reperimento delle relative risorse, all'aumento dei tassi di interesse ovvero al mancato rimborso di una o più rate di finanziamento⁵⁶; il rischio di valore residuale, nell'ipotesi di restituzione, alla fine del rapporto contrattuale, di un bene di valore inferiore alle attese⁵⁷; il c.d. rischio di commissionamento, qualora l'opera non riceva il consenso da parte di altri soggetti pubblici o della collettività, con conseguenti ritardi nella realizzazione della stessa; il rischio amministrativo, in caso di notevole

⁵⁵ L'equilibrio economico-finanziario «si realizza quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto coprono i flussi di cassa derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto e alla remunerazione dello stesso ad un tasso che può essere definito congruo e quelli richiesti per versare le imposte»: così Delibera ANAC n. 9/2018, p. 8, in https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/Delibere/2018/LINEE%20GUIDA_n_9_Del-318_018.pdf.

⁵⁶R. DIPACE, *op. cit.*

⁵⁷ Secondo R. MANGANI, *Dossier Linee guida Ppp/6. Ecco i «rischi minori», spetta alla Pa decidere a chi vanno*, in *Quotidiano del Sole 24 ore. Edilizia e Territorio*, disponibile su <http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/print/AEicR8gE/0>, «Trattandosi di un rischio tipico dell'attività imprenditoriale appare coerente che esso sia allocato in capo all'operatore privato». Un'elencazione dei rischi eventuali è fornita anche dall'ANAC nel suo Documento di consultazione su «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato», reperibile su https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20160610/Documento%20dP%20consultazione%20Monitoraggio_PPP.pdf, p. 3 ss.

ritardo o diniego nel *permitting* (rilascio di assensi comunque denominati) da parte dei soggetti competenti; il rischio ambientale e/o archeologico.

Ciò che quindi caratterizza il partenariato – al pari delle concessioni – è la traslazione dell'alea derivante dall'esposizione alle fluttuazioni del mercato, che può tradursi, in modo congiunto o meno, nei rischi di concorrenza, di squilibrio tra domanda e offerta, di mancata copertura delle spese di gestione, *etc.*

L'equilibrio economico-finanziario – secondo elemento identificativo, dopo la già esaminata traslazione del rischio – presuppone poi, ai sensi dell'art. 3, lett. *fff)*, del codice, che i ricavi coprano i costi di gestione e di investimento⁵⁸. Esso si verifica nella compresenza di:

- convenienza economica, intesa quale capacità del progetto di creare valore nell'arco di durata del contratto e di generare un livello di redditività adeguato al capitale investito;
- sostenibilità finanziaria, cioè idoneità del progetto a generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

Questi due obiettivi, come detto, sono congiunti e il loro raggiungimento è affidato al contraente privato: la p.A., ai sensi dell'art. 180, comma 6, del codice, può contribuire corrispondendo un importo che però non può snaturare l'assetto del rapporto e dunque sino al tetto massimo del 49% dell'investimento.

Terzo elemento identificativo del PPP, infine, è il monitoraggio sull'esecuzione, il quale comporta che l'Amministrazione aggiudicatrice debba vigilare sul corretto adempimento del contratto di partenariato e sull'effettivo mantenimento del rischio in capo all'operatore privato⁵⁹. A questo proposito sono state emanate le linee guida ANAC n. 9/2018, le quali contengono istruzioni puntuali circa le modalità di allocazione sul privato dell'alea da PPP e di monitoraggio continuo circa la permanenza dell'allocazione stessa⁶⁰.

⁵⁸ Così il parere Cons. Stato, comm. spec., 29 marzo 2017, n. 775, sulle linee guida ANAC (di cui dirò più avanti): «l'equilibrio economico-finanziario si realizza quando i ricavi da progetto, sia da tariffa corrisposta dall'utenza sia da canone a carico dell'amministrazione, consentono di coprire i costi di gestione e di investimento, di remunerare il capitale impiegato nell'operazione e di versare le imposte. Inoltre, andrebbe precisato che se i valori di VAN (Valore Attuale Netto) e TIR (Tasso Interno di Rendimento) di progetto non tendono all'equilibrio ciò significa che il contratto contiene margini di extra redditività per il partner privato, che ne riducono il trasferimento del rischio operativo e che le amministrazioni devono attentamente valutare questo profilo».

⁵⁹ Ai sensi dell'art. 181, comma 4, del codice, «L'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio [...] verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi».

⁶⁰ Secondo le linee guida ANAC, in vigore dal 5 maggio 2018, il contratto di PPP identifica i rischi e contiene specifiche clausole che li allochino in capo al privato per tutta la durata della cooperazione. Perché l'Amministrazione possa monitorare la permanenza dell'allocazione, l'ANAC ha elaborato un documento di «*matrice dei rischi*»: il quale individua questi rischi e ne valuta le probabilità di verifica per ciascuna attività prevista nel contratto. Sicché il monitoraggio avviene, sulla base di quella matrice, tramite un flusso informativo periodico tra p.A. e *partner* privato.

7. Il SIB nel prisma del PPP

Si deve quindi verificare se questi tre elementi identificativi del PPP – traslazione del rischio, equilibrio economico-finanziario, monitoraggio sull'esecuzione – siano congiuntamente riscontrabili nel SIB, e in che misura.

7.1. Il rischio

Principiamo dal trasferimento del rischio, che nel SIB presenta aspetti peculiari, non coincidenti perfettamente con le già viste tipologie definite dall'art. 3, lett. *aaa*), *bbb*) e *ccc*): costruzione⁶¹, domanda⁶² e disponibilità⁶³.

Nel *Bond* rischi siffatti o non si presentano in alcun modo: così il rischio di costruzione, che è tipico delle opere e dei lavori, mentre il SIB è usato per la prestazione di servizi.

Oppure assumono connotati che non rispondono al modello del PPP. Si pensi al rischio di domanda che nel partenariato, come detto, comporta l'esposizione del privato all'alea del mercato, per cui la domanda di servizi potrebbe contrarsi o, viceversa, l'offerta concorrenziale potrebbe ampliarsi per la presenza di nuovi operatori, con correlativa diminuzione del flusso di cassa⁶⁴. Questo avviene

⁶¹ Come sottolineato dall'ANAC nella citata delibera n. 9/2018, «In tale categoria generale di rischio si distinguono, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici: a) rischio di progettazione, connesso alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto, derivanti da errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dell'opera; b) rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto, collegato al mancato rispetto degli standard di progetto; c) rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto; d) rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione; e) rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori; f) rischio di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata» (p. 5).

⁶² Sempre secondo la delibera ANAC n. 9/2018: «Il rischio di domanda, che può non dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico, costituisce di regola un elemento del consueto "rischio economico" sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato. In tale categoria generale di rischio si distinguono i seguenti rischi specifici: a) rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico; b) rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori che eroda parte della domanda».

⁶³ Ancora la delibera ANAC n. 9/2018, «In tale categoria generale di rischio si distinguono, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici: a) rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi; b) rischio di *performance*, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazione (*Key Performance Indicator* – KPI) elaborati preventivamente in relazione all'oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli *standard* tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi; c) rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare» (pp. 5-6).

⁶⁴ M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, d.lgs. n. 50/2016, in www.giustizia-amministrativa.it, 29 luglio 2016.

perché la platea degli utenti non è predefinita, ma la sua consistenza dipende dalla doppia libertà di scelta sul se fruire o meno di quel servizio e da quel determinato operatore. Come si è visto, invece, il SIB presuppone bacini d'utenza predeterminati e sostanzialmente privi di libertà di scelta in ordine alla fornitura di servizi: il che annulla il rischio di domanda in capo al *provider* del servizio sociale⁶⁵.

Il rischio di disponibilità, infine, può sì esser presente nel SIB, dato che il servizio erogato dal *provider* potrebbe non rispettare gli standard qualitativi richiesti dalla p.A., ma con alcune differenze rispetto allo schema *ex art. 3, lett. bbb)*. Tratto tipico del rischio di disponibilità è che la mancata corrispondenza della qualità del servizio allo *standard* contragga i ricavi del *provider*. Si presuppone pur sempre, dunque, un mercato in grado di scegliere l'offerta. Affatto diverso è invece il rischio tipico – intrinseco e indefettibile – del SIB, che ne connota la struttura negoziale: la rimborsabilità condizionata, la quale non rientra nello schema della disciplina quadro del partenariato, poiché nel *Bond* il prestatore del servizio non deve generare ricavi per sé (i suoi costi essendo comunque coperti), bensì offrire un servizio che abbia un impatto sociale di segno positivo tale da consentire un risparmio della spesa pubblica.

In sintesi, la conformazione del rischio nel SIB è diversa dai rischi tipici di cui all'art. 3, lett. *aaa)*, *bbb)* e *ccc)*, codice: ne deriva, in difetto di quei rischi, l'inapplicabilità – come ritenuta dal diritto giurisprudenziale⁶⁶ – della disciplina sul partenariato pubblico-privato.

Non v'è insomma perfetta coincidenza fra le caratteristiche dell'alea tipica del partenariato e quelle del SIB: sovrapponibilità che invece è essenziale per l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 180 ss. del codice. Non è escluso che un determinato *Bond* le posseda, poiché la sua struttura, estremamente fluida, potrebbe anche corrispondere agli elementi essenziali del partenariato. Tuttavia, poiché – come s'è avuto modo di vedere – il tratto tipico del SIB consiste nella peculiare remuneratività del contratto, qualora un *Bond* non presentasse in concreto quei profili di rischio, non potrebbe applicarsi il paradigma normativo del partenariato.

7.2. L'equilibrio economico-finanziario

In secondo luogo, l'equilibrio economico-finanziario.

Elemento identificativo e strutturale del PPP, non sembra invece essere un pilastro portante del SIB.

Nei contratti di partenariato quell'equilibrio è funzionale alla necessità di evitare che l'Amministrazione debba impiegare risorse pubbliche per sopperire

⁶⁵ Profilo rilevato anche dalla delibera ANAC n. 9/2018, cit., p. 5, dove, nel delineare il rischio di domanda, afferma che «non è di regola presente nei contratti nei quali l'utenza finale non abbia libertà di scelta in ordine alla fornitura di servizi (ad es. carceri, scuole, ospedali)».

⁶⁶ Tar Lombardia, n. 386/2018, cit.

a un insuccesso del *partner* privato, il quale non sia stato in grado di creare flussi di cassa sufficienti a remunerare la propria attività.

Evenienza, questa, che nel SIB è inconfigurabile per definizione: anzitutto, perché questo contratto è per sua natura aleatorio; in secondo luogo, perché in caso d'insuccesso non spetta mai all'Amministrazione ripianare le perdite, ma agli investitori privati, i quali si accollano il rischio del mancato recupero del capitale.

Le relazioni – finanziarie e quindi giuridiche – che strutturano il SIB, insomma, si instaurano tra il *provider* del servizio sociale e gli investitori (tramite la mediazione dell'intermediario-promotore dell'operazione): se il progetto fallisce, gli investitori perderanno il capitale impiegato, senza che l'Amministrazione sia chiamata a ripianare nessuna perdita; se invece ha successo, la p.A. pagherà una *fee* agli investitori.

L'operazione non è connotata da un equilibrio economico-finanziario quale contemplato nei contratti di partenariato, cioè come capacità di generare valore e flussi di cassa: i risultati finanziari – cruciali nel PPP – hanno rilievo marginale nel SIB, dove invece è il valore sociale ad assumere piena centralità.

In altre parole, il SIB è un contratto che per sua natura prevede anche la possibilità che l'intervento non produca l'impatto sociale atteso: in tal caso, gli investitori non recupereranno i mezzi da loro impiegati, ferma restando l'esclusione di qualunque obbligo di ripiano delle perdite in capo alla p.A.

Com'è evidente, resta aperta la questione relativa ai criteri di definizione e alla “calcolabilità” oggettiva dell'impatto sociale positivo: profili ancora fuori fuoco, laddove non li si voglia identificare esclusivamente nel risparmio di spesa pubblica ottenuto *ex post*.

In conclusione, nemmeno il secondo elemento identificativo del PPP – l'equilibrio economico-finanziario – può ritenersi, almeno a mio avviso, presente nel SIB.

7.3. Il monitoraggio

Infine, il terzo elemento identificativo del PPP: il monitoraggio sulla corretta esecuzione del contratto e sulla permanente allocazione del rischio in capo all'operatore economico.

Nel SIB l'Amministrazione ha sì un dovere di vigilanza, ma che riguarda non la permanenza del rischio in capo all'operatore, bensì gli *standard* qualitativi del servizio⁶⁷.

Inoltre, tra il monitoraggio tipico del PPP e il controllo sul rispetto degli

⁶⁷ Peraltro, non dovrebbe trattarsi di un monitoraggio particolarmente pervasivo, poiché è lo stesso modello a remunerazione successiva e condizionata a garantire che gli *standard* del servizio – i quali sono parte costitutiva e caratterizzante il sinallagma contrattuale – raggiungano e mantengano un livello adeguato.

standard di cui al SIB corre una differenza sostanziale: la previsione – solo nel secondo – di un soggetto terzo e imparziale cui sono affidate quelle attività di controllo.

Insomma, PPP e SIB differiscono anzitutto per l'oggetto del controllo: il mantenimento del rischio nel primo; il raggiungimento di un impatto sociale positivo nel secondo. Inoltre, essi si distinguono per il soggetto deputato a disimpegnare questa funzione: mentre nel partenariato è la stessa Amministrazione (tramite gli strumenti appositamente predisposti quali il flusso informativo e il controllo sulla verifica dei rischi individuati dalla c.d. *matrice*) a controllare che il rischio resti a carico del privato, nel SIB un organismo terzo e imparziale è chiamato – con il già citato *Robust outcome metric* o altro strumento di misurazione – a valutare che il servizio prestato generi un impatto sociale positivo e rispetti gli standard qualitativi attesi.

Nemmeno il terzo requisito tipico del partenariato pubblico-privato, quindi, può dirsi realmente ravvisabile nel SIB.

8. *Spunti per una nuova costruzione del SIB: due vie di diritto*

Lo schema del partenariato pubblico-privato pare insomma di dubbia applicabilità al SIB: le disposizioni di cui agli artt. 3 e 180 ss. del codice richiedono per la configurabilità di un PPP elementi essenziali che – come abbiamo appena visto – il SIB o non ha, o potrebbe comunque non possedere⁶⁸.

⁶⁸ Si pensi a quella giurisprudenza la quale – ancorché in tema di concessioni, forma tipizzata di partenariato – ha sancito la nullità *ex art. 1344 c.c.* di un contratto di concessione contrastante col modello disegnato dal legislatore poiché non allocava il rischio sul privato: tratto, questo, essenziale e imprescindibile, in assenza del quale quel contratto è stato ritenuto stipulato in frode alla legge. Così si esprime infatti Tar Sardegna, I, 10 marzo 2011, n. 213: «i servizi in questione debbono avere una chiara natura imprenditoriale, nel senso che si rivolgono ad un mercato composto da una pluralità di utenti che ne domandano le prestazioni. Il rischio assunto dal promotore o concessionario si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni, poiché l'errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell'investimento e misura la validità imprenditoriale dell'iniziativa [...] entra in gioco un elemento imponderabile (cioè la domanda di prestazioni per quel servizio pubblico, non determinabile a priori); [...] Il contratto di concessione in esame si deve qualificare, infatti, come contratto nullo per la illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 (Contratto in frode alla legge) del codice civile. L'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento in esame, si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si elude l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il *project financing*, facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento. E ciò – si ribadisce – attraverso la previsione (in netto contrasto con lo schema normativo tipico) di una remunerazione degli investimenti dei privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che si verifichi quella traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale (elemento essenziale dello schema contrattuale del *project financing*) collegato alla svolgimento dei servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate, in modo

La costruzione di un SIB sullo schema del partenariato esporrebbe dunque una struttura negoziale così congegnata a pronunce di nullità da parte del Giudice amministrativo: ciò, in quanto contraria al paradigma normativo che qualifica come *essenziali* nel PPP i requisiti finora analizzati (tipologie di rischio, equilibrio economico-finanziario, monitoraggio sulle operazioni e sull'allocazione del rischio).

Anche se al SIB sembra inapplicabile l'attuale diritto legislativo (e giurisprudenziale) del PPP e della concessione poiché paiono difettargli elementi essenziali e imprescindibili dell'uno e dell'altra, bisogna comunque riconoscere al nostro *Bond* piena esistenza e operatività nel diritto vivente.

Al SIB il nostro ordinamento deve pertanto guardare con attenzione e interesse: il dato fattuale imprescindibile – come s'è visto – è che, nelle pochissime esperienze finora fatte in Italia, il *Bond* è stato costruito mediante il *project financing*, ritenuto al momento l'unico modello – procedurale e sostanziale – di contratto pubblico adattabile alle peculiarità di quello strumento.

Nonostante le difficoltà di sussunzione del SIB nel *genus* del PPP, questo modello sembra essere – almeno in linea di tendenza – il più adeguato al fine d'introdurre nel nostro ordinamento una figura così sofisticata. Il nodo problematico della concreta utilizzabilità del *Bond* nel rispetto delle procedure a evidenza pubblica e dei modelli previsti dal codice dei contratti – in particolare, del partenariato atipico – potrebbe allora essere – a mio avviso – risolto in due modi, alternativi fra loro.

Il primo presuppone l'invarianza del diritto positivo attuale, e fonda su di una precisa predeterminazione dell'interesse pubblico specifico da parte della p.A. in fase di programmazione, donde poi la formazione di un programma-convenzione che possa integrare anche i rischi tipizzati nel PPP. In questo modo il SIB assumerebbe le forme di un contratto atipico nel rispetto delle procedure a evidenza pubblica di scelta del *partner* privato e integrerebbe al suo interno – oltre ai suoi rischi peculiari – anche quelli di un PPP.

Il secondo ragiona *de jure condendo*. Una norma di rango primario dovrebbe prevedere espressamente la tipologia di rischio che costituisce il *proprium* del SIB: si tratterebbe del rischio tipico dell'azionista-investitore, che attualmente non figura fra quelli definiti dagli artt. 3 e 180 ss. del codice.

Strada più in salita, quest'ultima. Che deve confrontarsi con un diritto unionale forse non ancora maturo sul punto (tanto da non prevedere ancora una definizione giuridica unitaria del partenariato pubblico-privato nella diret-

tale che il rientro e l'adeguata remunerazione dei capitali investiti siano assicurati dalla redditività dell'iniziativa economica intrapresa. Dalla nullità deriva, altresì, che, per la disciplina delle prestazioni eseguite sulla base del contratto di concessione (dichiarato inefficace, perché nullo), occorre far riferimento alle norme del codice civile in tema di ripetizione di indebito oggettivo (secondo quanto pacificamente affermato dalla Cassazione: si veda, recentemente, Cass. civ., sez. III, 15 aprile 2010, n. 9052).

tiva “concessioni” 2014/23/UE); ma che, quantomeno, si inserisce meglio nel solco del nostro formante⁶⁹ legislativo e si mostra, soprattutto, più rispettosa del principio di legalità.

Abstract

Social Impact Bond: an innovative tool searching for its own law

by Clara Napolitano

The Social Impact Bond is a new financial instrument that shall be used for social purposes by public Administration. It is already present in other legal orders – such as the UK and USA, among the others – and it has been successful in saving public money in the field of social services. This kind of contract is atypical and not well-known in Italy, so the question we try to answer is how to import it without contrast with the Code of public contracts. The hypothesis carried out is that the Social Impact Bond could be an atypical form of public-private partnership (PPP), even if it presents characteristics that aren't – at this time – perfectly super imposable to those foreseen for the PPPs. Therefore, two paths can be followed in order to sustain the compatibility of the Social Impact Bonds with the PPPs: large interpretation of the norms or intervention of the legislator.

⁶⁹ Sulla molteplicità delle fonti – generate dai formanti giurisprudenziale, dottrinale e legale – che conducono alla *legal rule* complessivamente intesa è obbligatorio il rimando agli studi comparatistici di R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, Install. I-II, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, pp. 1-134 e 343-401.

Riforme elettorali e partiti politici europei

di Giacomo Delledonne

SOMMARIO: 1. Introduzione: le coordinate dell'indagine. – 2. Prima delle elezioni europee del 1979: una discussione dominata da preoccupazioni schiettamente nazionali. – 3. L'avanzata del processo di costituzionalizzazione dell'Unione e il suo impatto sulle leggi elettorali adottate negli Stati membri. – 4. Dalla procedura elettorale uniforme alla politicizzazione dell'Unione. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione: le coordinate dell'indagine*

Scopo di questo contributo è svolgere alcune considerazioni a proposito del modo in cui i sistemi elettorali per l'elezione dei deputati del Parlamento europeo – e le discussioni sulla loro riforma – hanno contribuito a conformare lo *status* giuridico dei partiti politici europei. Il rapporto fra normativa elettorale, sistemi di partito e legislazione sui partiti è indiscutibilmente un tema classico per gli studi costituzionalistici; esso acquisisce però una coloritura particolare nel momento in cui si trova calato nell'ordinamento dell'Unione europea.

Su entrambe le questioni sono opportuni alcuni chiarimenti preliminari. Da un lato, infatti, la legislazione elettorale è il primo e forse il principale strumento di normazione – quantomeno “in via indiretta”¹ – del sistema dei partiti. Discorrendo di legislazione elettorale, naturalmente, si fa riferimento a un oggetto dalla natura composita, nel quale confluiscono almeno tre fasci di norme: il sistema elettorale in senso stretto, le norme relative alla capacità elettorale attiva e passiva e la legislazione elettorale di contorno². Come si vede, però, il nucleo fondamentale è costituito dalla determinazione del sistema elettorale. Si può anzi dire, aderendo alla fortunata prospettazione di Elia³, che legislazione elettorale e

¹ L. ELIA, *Le forme di governo* (1970), ora in *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, 170.

² Sul punto cfr. F. LANCHESTER, *Il sistema elettorale in senso stretto dal “Porcellum” all’“Italicum”*, in *Dem. dir.*, n. 1/2015, 15 ss.; R. BORRELLO, *Sistemi elettorali e revisione costituzionale*, in *Nomos*, n. 1/2016, 1.

³ Successivamente oggetto di una parziale messa a punto in L. ELIA, *La forma di governo e il sistema. Appunti su Mortati* (1990), ora in *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 385. Per una critica organica cfr. M. LUCIANI, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 551 ss. e 572 s.: per questo Autore, mentre i partiti – come altri soggetti in cui si esplica il pluralismo sociale – rimangono esterni alla forma di governo, il sistema elettorale deve senz'altro “essere considerato un elemento della forma di governo [e non un fattore a essa esterno] per la sua essenzialità al fine della costituzione della rappresentanza”. Fra sistema politico-partitico e determinazioni relative al sistema elettorale, invece, sussisterebbe un rapporto di mutua implicazione, che le c.d. leggi di

sistema politico-partitico diano luogo a una sorta di endiadi, dal momento che nel loro operare congiunto condizionano in maniera decisiva qualsiasi ragionamento sulla forma di governo. Proseguendo lungo la medesima falsariga, appaiono particolarmente feconde quelle ricostruzioni della collocazione della legge elettorale nell'ordinamento quale "fulcro della Costituzione in senso materiale, perché forma e determina la rappresentanza di quelle forze politiche prevalenti a cui spetterà il compito di realizzare l'insieme dei fini e valori dell'ordinamento statale"⁴. In questo senso, il costituzionalismo del secondo dopoguerra è stato caratterizzato – con maggiore o minore fortuna – dal ricorso alle riforme elettorali come strumento di razionalizzazione del parlamentarismo⁵.

Le implicazioni di questo discorso possono senz'altro essere trasposte al livello sovranazionale, a condizione però che si tenga conto di alcuni *caveat*. Il primo ha a che fare coi caratteri peculiari assunti nel corso del tempo dalla disciplina dei partiti politici europei. Per lungo tempo il fenomeno dei partiti europei è parso strettamente collegato all'attività dei gruppi del Parlamento europeo⁶, tant'è vero che la prima disposizione di diritto primario che faceva menzione dei partiti politici europei fu inserita nella sezione del trattato CE relativa al Parlamento⁷; una conseguenza di questo dato – pur nella consapevolezza che partiti e gruppi parlamentari sono entità distinte⁸ – è la centralità del momento elettorale e delle regole che lo conformano. Il secondo è la difficoltà di operare una chiara distinzione tra forma di governo e forma di Unione. Ci si deve allora interrogare sul modo in cui le riforme elettorali agevolano l'inveramento del compito che i trattati assegnano ai partiti politici europei, e cioè contribuire all'"integrazione in

Duverger tenderebbero invece a semplificare: "sono i sistemi politici (o politico-partitici) che si danno i sistemi elettorali che maggiormente convengono loro, sebbene, poi, il sistema elettorale prescelto retroagisca sul sistema politico che lo ha voluto. Non si tratta tanto di mettere in luce la corrispondenza fra la scelta di certe regole elettorali e gli interessi contingenti delle maggioranze di volta in volta al governo, quanto di registrare il fatto che, in via di principio, i sistemi elettorali replicano, più di quanto non anticipino, le strutture dei sistemi politici entro i quali agiscono. La storia dei sistemi elettorali, un po' in tutto il mondo, dimostra come essi abbiano dovuto la propria nascita non alla volontà di sperimentare astratte teorizzazioni, ma alla consapevolezza dell'oggettività di alcuni vincoli politici e sociali" (ivi, 573).

⁴ T.E. FROSINI, *Sistemi elettorali e sistemi di partito*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari, Roma-Bari, Laterza, 2009, 746.

⁵ Cfr. P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in *Diritto costituzionale comparato*, cit., 907; per più ampi riferimenti, concernenti il decennio fondativo della Repubblica tedesca, v. S. ORTINO, *Riforme elettorali in Germania*, Firenze, Vallecchi, 1970.

⁶ Così V. LIPPOLIS, *I partiti politici europei*, in *Rass. parl.*, 2002, 946; cfr. anche A. RAZZA, *Liste elettorali e procedura transnazionale uniforme: verso una "legge elettorale europea"*, in *Rass. parl.*, 2013, 883; D. GRIMM, *Die Notwendigkeit europäisierter Wahlen und Parteien* (2015), ora in *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München, C.H. Beck, 2016, 133.

⁷ Lo nota ancora V. LIPPOLIS, *I partiti politici europei*, cit., 942.

⁸ Come ha ricordato recentemente F. SAITTO, *European political parties and European public space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 2/2017, 27 s.

seno all'Unione" (così, prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, l'art. 191 TCE), "a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione" (art. 10, par. 4, TUE)⁹. Così, sussiste evidentemente un nesso strettissimo fra il progressivo ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di elezioni europee e l'emersione – o il consolidamento – di una sfera pubblica europea. In questo processo, graduale e incompiuto, i partiti politici europei svolgono un importante ruolo di *trait d'union*: com'è stato rilevato, "[h]istorically, political parties have played an important role in the Öffentlichkeit to enhancing the dialogue between civil society and the State. ... The Öffentlichkeit could strengthen that process of democratization, since it helps in democratizing the interpretation of the Constitution involving the people in a permanent public dialogue"¹⁰. Queste considerazioni possono applicarsi anche agli ordinamenti federali in senso classico, per i quali, anzi, è stato osservato che i partiti politici sono capaci di svolgere un'azione unificante e omogeneizzante¹¹.

In termini metodologici, la riflessione si presta a essere condotta tanto nei termini del diritto, quanto in quelli della scienza politica. Il punto di vista disciplinare adottato in questo lavoro è però quello del diritto costituzionale. A tale proposito è opportuno svolgere una precisazione. Nello spazio giuridico europeo¹² la discussione sulle riforme elettorali – così come le sue manifestazioni concrete – si muove attorno a due poli, quello nazionale e quello dell'Unione europea. Si può anzi affermare che la vicenda delle leggi elettorali per il Parlamento europeo costituisce un importante banco di prova per la concezione della costituzione europea come costituzione *composita*, caratterizzata dall'interazione fra materiali costituzionali nazionali e sovranazionali¹³. Si può anticipare fin da ora che una

⁹ Sul punto cfr. F. SAITTO, *European political parties and European public space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014*, cit., 20, secondo cui queste oscillazioni sono dovute all'idea che alcuni partiti politici europei, pur se tenuti al rispetto dei valori enunciati all'art. 2 TUE, "are clearly and openly against the integration process".

¹⁰ Così F. SAITTO, *European political parties and European public space*, cit., 54, che peraltro segnala come nel dibattito accademico e politico alla centralità del Parlamento europeo – unica istituzione elettiva dell'Unione – si sia affiancata, con grande forza persuasiva, l'idea di un sistema strutturato di contatti e interazioni fra istituzioni dell'UE e parlamenti nazionali (ivi, 56).

¹¹ Sul punto v. K. VON BEYME, *Political Parties in Western Democracies*, Aldershot, Gower, 1985, *passim*; v. anche le osservazioni di K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1962, 13. Considerazioni di segno parzialmente difforme si trovano in M. OLIVETTI, *Partiti e autonomie negli Stati composti – una mappa dei problemi*, in *federalismi.it*, n. 9/2013, su www.federalismi.it.

¹² Come definito da A. VON BOGDANDY, *The Idea of European Public Law Today*, in *The Administrative State*, a cura di A. von Bogdandy, P.M. Huber e S. Cassese, Oxford, Oxford University press, 2017, 18 ss.

¹³ Sul punto v. L.F.M. BESSELINK, *A Composite European Constitution/Een Samengestelde Europese Constitutie*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007. Cfr. inoltre N. LUPO, in *Forum di discussione. La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale (I parte)*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 1/2018, 21, il quale sottolinea che proprio la natura composita della costituzione dell'UE

prima fase di questo percorso fu caratterizzata da una netta prevalenza dei riferimenti desunti dai principi costituzionali nazionali. In seguito, e in coincidenza con l'approfondirsi del processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea, i legislatori elettorali e gli attori politici nazionali hanno dovuto tenere conto, in misura via via più intensa, delle indicazioni provenienti dall'ordinamento sovranazionale. Questo processo evolutivo, però, non si è mai tradotto nella marginalizzazione dei principi costituzionali nazionali rilevanti in materia elettorale.

2. *Prima delle elezioni europee del 1979: una discussione dominata da preoccupazioni schiettamente nazionali*

Si può dire che il tema del sistema dei partiti politici europei – oppure, in modo meno impegnativo, della proiezione sovranazionale dei partiti nazionali – sia stato posto con chiarezza fin dai dibattiti che precedettero le prime elezioni europee, nel giugno 1979. La sua emersione, cioè, è una diretta conseguenza della scelta di fare del Parlamento europeo un'assemblea eletta direttamente dai cittadini degli Stati membri¹⁴. Questo, inevitabilmente, avrebbe implicato l'organizzazione di consultazioni elettorali distinte dalle elezioni politiche nazionali.

Nella sua formulazione originaria, l'art. 7, par. 2 dell'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nell'Assemblea a suffragio elettorale diretto formulava un ampio, generico rinvio alle disposizioni nazionali vigenti in ciascuno Stato membro; questo, per lo meno, “[f]ino all'entrata in vigore di una procedura elettorale uniforme”¹⁵. Le scelte concretamente effettuate dai legislatori dei singoli Stati membri furono interpretate come un tentativo di preservare il peso delle differenti tradizioni nazionali in materia elettorale e di non turbare i rapporti di forza

“presuppone, prima nelle carte fondamentali e poi, soprattutto nei loro interpreti, la capacità di non assolutizzare i principi e i valori di cui queste si fanno portatori”.

¹⁴ Lo notava già M. CAPURSO, *La “decisione” del Consiglio delle Comunità europee per l'elezione dei componenti dell'Assemblea a suffragio universale diretto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1085: “si può immaginare, almeno per i contatti che si sono già determinati fra i partiti [italiani] ideologicamente affini, che essi saranno indotti a stringere legami ulteriori e più stabili, che per ora sono limitati all'elaborazione di piattaforme elettorali comuni ma potrebbero spingersi sino alla costituzione di organi comuni idonei a mantenere rapporti costanti con i gruppi politici che si formeranno nell'Assemblea”.

¹⁵ È il caso di segnalare, peraltro, che considerazioni legate alla fisionomia che avrebbero assunto le leggi elettorali in ciascuno Stato membro avevano già condizionato l'*iter* della decisione del Consiglio cui è allegato l'Atto del 1976. In particolare, fu aspramente discusso il numero dei seggi del Parlamento eletto a suffragio diretto: il Regno Unito riteneva necessario che questo consentisse di rappresentare adeguatamente la Scozia e il Galles, mentre l'Italia teneva a che fosse assicurata la rappresentanza dei partiti minori (cfr. G. TROCCOLI, *L'elezione a suffragio elettorale diretto del Parlamento europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1542).

all'interno di ciascun sistema politico nazionale¹⁶. Al tempo stesso, la laconicità delle indicazioni normative provenienti dal livello (allora) comunitario assegnava un ruolo centrale, in sede di valutazione delle discipline elettorali così adottate, ai principi costituzionali nazionali.

La prevalenza delle preoccupazioni nazionali – e, conseguentemente, il timore che la creazione di un'assemblea rappresentativa sovranazionale eletta a suffragio diretto potesse scompaginare il sistema partitico nazionale – è particolarmente evidente nel dibattito che ebbe luogo nei tre principali Stati membri della Comunità dell'epoca: Francia, Italia e Repubblica federale tedesca.

Come si è anticipato poc'anzi, nella discussione che in Francia precedette l'approvazione della legge n. 77-729 del 7 luglio 1977 (*Loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen*) è possibile riscontrare la compresenza di preoccupazioni d'indole costituzionalistica e di argomenti legati a considerazioni di opportunità politica. Così, da un lato è innegabile che la scelta a favore di un sistema elettorale proporzionale, con soglia di sbarramento del 5%, fu giustificata anche dai primi successi delle formazioni ecologiste, in occasione delle elezioni comunali del 1977. Contemporaneamente, sulla previsione di un collegio unico nazionale influò il timore che circoscrizioni plurinominali regionali potessero favorire l'ascesa di formazioni regionaliste, come quelle bretoni e corse¹⁷. Se però ci si muove sul piano degli argomenti di natura costituzionale, si possono rinvenire indicazioni non meno importanti. Il Presidente della Repubblica, infatti, aveva investito il *Conseil constitutionnel* della questione della conformità alla Costituzione francese della decisione del Consiglio relativa all'elezione del Parlamento europeo a suffragio diretto. Nella decisione n. 76-71 DC del 30 dicembre 1976 (*Décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*)¹⁸, i *Sages* della rue de Montpensier segnarono che la sovranità menzionata all'art. 3 della Costituzione della V Repubblica, “tanto nel suo fondamento quanto nel suo esercizio, può soltanto essere nazionale ... soltanto dei rappresentanti del popolo francese eletti nell'ambito delle istituzioni della Repubblica si può ritenere che partecipino all'esercizio di questa sovranità” (par. 6). L'elezione del Parlamento europeo a suffragio diretto,

¹⁶ Così F. LANCHESTER, *Parlamento europeo: il progetto di procedura elettorale uniforme*, in *Quad. cost.*, 1987, 149, secondo cui “gli Stati allora componenti la Cee giunsero alle prime elezioni dirette in ordine sparso”.

¹⁷ Ne danno conto N. TOULOUDIS, *Common Procedures, Common Problems: Moving Toward Uniform Electoral Procedures for EP Elections*, paper presentato al convegno della European Community Studies Association, 2001, disponibile su <http://aei.pitt.edu/2195/>, 12 ss.; G. SAINTENY, *La règle électorale comme moyen de protection contre les nouveaux acteurs politiques: l'exemple français*, in *Canadian Journal of Political Science*, vol. 37, 2004, 109.

¹⁸ Su cui v. R. KOVAR, D. SIMON, *Some Reflections on the Decision of the French Constitutional Council of December 30, 1976*, in *Common Market Law Review*, 1977, 525 ss.; G. VEDEL, *Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen*, in *Pouvoirs*, n. 2, 1977, 23 ss.

però, non è incompatibile con la sovranità nazionale né con le attribuzioni delle istituzioni repubblicane. Fra l'altro, nei contenuti della decisione del Consiglio sottoposta al vaglio del *Conseil constitutionnel* non è possibile rintracciare alcuna previsione suscettibile di mettere a repentaglio "l'indivisibilità della Repubblica". Né il riferimento a una procedura elettorale uniforme, contenuto all'art. 7 dell'Atto allegato alla decisione del Consiglio, potrebbe essere interpretato nel senso di una possibile compromissione del medesimo principio di indivisibilità della Repubblica (par. 5).

Nei dibattiti parlamentari dei mesi successivi sono enunciate con chiarezza le implicazioni concrete della decisione del *Conseil constitutionnel*. Così, replicando all'ex Primo ministro Debré, che aveva sollevato una questione pregiudiziale nel corso di una seduta dell'Assemblea nazionale, il ministro dell'interno Bonnet osservò: "*Compte tenu du nombre de sièges à pourvoir, le Gouvernement n'a pas cru opportun de créer de nouvelles circonscriptions dont le découpage n'aurait pas manqué de susciter des controverses et qui auraient pu paraître abusivement surclasser les circonscriptions législatives. Le Gouvernement a pensé que le cadre national pouvait seul, dans un tel scrutin, respecter le principe de l'indivisibilité de la République, réaffirmé par le Conseil constitutionnel, et permettre aux élus de représenter le peuple français dans sa totalité sans que se développent des forces centrifuges ...*"¹⁹.

Nel quadro che si è tracciato finora risulta del tutto prevalente il peso di argomentazioni di tipo "nazionale", in cui si riflette il timore che le elezioni europee, consultazioni di tipo "nuovo", potessero scompaginare gli equilibri consolidati del sistema politico francese. Benché prevalenti, questi argomenti non sono però gli unici che siano stati adoperati durante quel dibattito: il capo dello Stato dell'epoca, infatti, era stato il principale ispiratore del vertice di Parigi del 9 e 10 dicembre 1974, che aveva preparato. L'idea che potessero costituirsi famiglie politiche europee – e la necessità che i partiti francesi non si ritrovassero esclusi o emarginati – portò il Presidente Giscard d'Estaing ad affermare che sarebbe stato opportuno "*ne pas envoyer des députés en ordre dispersé face aux 60 conservateurs britanniques, aux 43 chrétiens démocrates et aux 34 socialistes allemands*"²⁰.

Come si vede, perciò, l'adozione, ad opera del legislatore francese, di un sistema elettorale proporzionale – evidentemente molto diverso dall'uninomiale a doppio turno caratteristico della V Repubblica – diede luogo a numerosi interrogativi circa gli scostamenti cui esso avrebbe potuto dare luogo rispetto al modo in cui gli elettori erano – e sono tuttora – rappresentati nell'Assemblea nazionale francese. Accanto a queste considerazioni, però, non erano assenti dal

¹⁹ Seduta dell'Assemblea nazionale del 21 giugno 1977 (V legislatura, seconda sessione ordinaria del 1976-1977, 66° seduta). Il resoconto integrale della seduta è disponibile su <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cr/5-1977-1978-ordinaire1.asp>.

²⁰ F. DE LA SERRE, M.-C. SMOUTS, G. BIBES, H. MÉNUDIER, *Une élection nationale à prétexte européen*, in *Revue française de science politique*, 1979, 990.

dibattito pubblico preoccupazioni legate alle ripercussioni “europee” delle scelte del legislatore francese. Assai diverso è il caso dell’Italia e della Repubblica federale tedesca: per l’elezione dei rispettivi parlamenti nazionali all’epoca entrambe facevano ricorso a sistemi elettorali proporzionali, anche se nel secondo caso la previsione di una soglia di sbarramento del 5% costituiva un importante elemento di razionalizzazione. Per l’Italia e per la Germania federale, perciò, l’adozione di un sistema elettorale proporzionale costituiva una scelta in qualche modo naturale: essa, però, era accompagnata dal timore che il numero di deputati europei in ciascuno dei due paesi – evidentemente inferiore al numero dei membri delle Camere italiane o del *Bundestag* tedesco – finisse con l’impedire una piena corrispondenza fra il panorama dei partiti rappresentati nei parlamenti nazionali e la “nuova” rappresentanza incardinata nel Parlamento europeo²¹. Come si vede, la logica sottostante è differente da quella che ispirava l’azione del Presidente Giscard d’Estaing, il quale teneva soprattutto alla capacità dei partiti politici francesi di incidere sull’attività dei gruppi costituiti in seno al Parlamento.

Questi dati emergono puntualmente nella riflessione che in Italia accompagnò la redazione della legge 24 gennaio 1979, n. 18 (*Elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all’Italia*)²². In un’ottica di lungo periodo, quella legge può essere definita come un capitolo significativo di uno sviluppo in senso proporzionalistico di tutta la legislazione elettorale italiana – dal livello comunale a quello sovranazionale – che era in atto fin dall’abrogazione della c.d. legge truffa²³ e aveva contribuito al ruolo egemonico del sistema partitico (nazionale), “autentico perno ... della nuova ‘costituzione materiale’”²⁴. Sul fatto che quell’orientamento di politica legislativa dovesse essere fedelmente riprodotto nella nuova disciplina per l’elezione del Parlamento europeo sussisteva allora un ampio consenso. Era oggetto di discussione, se mai, come si potesse assicurare “la più ampia rappresentanza di tutte le forze politiche e degli interessi e delle

²¹ A questo proposito, peraltro, è utile precisare che prima del passaggio all’elezione diretta, quando ancora il Parlamento era composto di delegati designati dai parlamenti nazionali, questa esigenza di rappresentatività era stata sovente trascurata. Tale, ad esempio, era stato il caso dell’Italia, che soltanto dal 1969 inviò al Parlamento esponenti di tutti i gruppi parlamentari nazionali, compresi quelli estranei alla maggioranza governativa (sul punto cfr. F. POCAR, voce *Parlamento europeo*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 859 ss.).

²² Su cui v. G. TROCCOLI, *L’elezione a suffragio universale diretto del Parlamento europeo*, cit.; S. TRAVERSA, *L’elezione del Parlamento a suffragio universale e la legge elettorale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1577 ss.

²³ Come rilevato da F. BONINI, *Storia costituzionale della Repubblica. Un profilo dal 1946 a oggi*, Roma, Carocci, 2007, 53 s. Parla di “meccanismo particolarmente speculare”, esplicitamente collocato “sul lato estremo del proporzionalismo”, F. LANCHESTER, *Parlamento europeo*, cit., 149.

²⁴ P. RIDOLA, *L’evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2008. Partiti politici e società civile a sessant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009, 16; cfr., eventualmente, G. DELLEDONNE, *Legge elettorale e principi costituzionali in materia di partiti politici: un’interazione problematica*, in *Quad. cost.*, 2017, spec. 803 ss.

realtà regionali”²⁵, comprese le minoranze linguistiche. I dubbi riguardavano l’alternativa fra la previsione di un collegio unico nazionale – preferita dai partiti minori – e la scelta a favore di circoscrizioni regionali o sovraregionali. Il fatto che abbia finalmente prevalso la seconda opzione – affermata con la legge 9 aprile 1984, n. 61 – è anche legato alla difficoltà di concepire su scala nazionale un sistema proporzionale con voto di preferenza²⁶. Da un punto di vista differente, la scelta del legislatore italiano poteva essere giustificata – come si argomentò allora – dal fatto che quel sistema elettorale si sarebbe pur sempre applicato a un Parlamento privo di reali poteri decisionali²⁷.

Ancora differente è il caso tedesco-occidentale. Al fine di non alterare, neppure al Parlamento europeo, l’equilibrio tra le forze politiche rappresentate nel Parlamento nazionale, l’*Europawahlgesetz* del 16 giugno 1978 confermò alcune scelte fondamentali della legislazione elettorale tedesca, sia al livello federale sia in numerosi *Länder*²⁸: un sistema proporzionale con una soglia di sbarramento del 5%. Nell’impossibilità di replicare il modello del “voto proporzionale personalizzato” (*personalisierte Verhältniswahl*) che caratterizza le elezioni federali, il legislatore tedesco si risolse piuttosto per un modello imperniato su liste bloccate, rimettendo ai partiti la facoltà di presentare liste federali ovvero regionali. I commentatori dell’epoca formularono invece riserve sulla previsione della soglia di sbarramento del 5% dei voti validamente espressi: essa, infatti, avrebbe impedito che fossero eletti in Germania rappresentanti di correnti ideali che invece in altri Stati membri ben avrebbero potuto essere acceduto al Parlamento europeo: così, ad esempio, i comunisti²⁹.

Mentre il *Conseil constitutionnel* francese aveva statuito in via preventiva a proposito della decisione del Consiglio delle Comunità europee del 3 dicembre 1976, al *Bundesverfassungsgericht* tedesco fu chiesto di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’*Europawahlgesetz* ormai entrato in vigore. In quell’occasione la Corte concluse nel senso della legittimità della clausola di sbarramento prevista dalla legge elettorale, facendo leva sui rilevanti poteri attribuiti dai Trattati al Parlamento europeo, che richiedevano “un organo capace di agire”³⁰. La previsione

²⁵ G. TROCCOLI, *L’elezione a suffragio universale diretto del Parlamento europeo*, cit., 1571.

²⁶ Cfr. ancora G. TROCCOLI, *L’elezione a suffragio universale diretto del Parlamento europeo*, cit., 1572, nt. 75.

²⁷ Cfr. ancora F. LANCHESTER, *Parlamento europeo*, cit., 149.

²⁸ Sull’iter che portò all’approvazione dell’*Europawahlgesetz* v. A. MELONCELLI, *L’elezione diretta del Parlamento europeo: note sul progetto di legge della Repubblica federale di Germania*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1604 ss.

²⁹ Cfr. A. MELONCELLI, *L’elezione diretta del Parlamento europeo*, cit., 1607.

³⁰ BVerfGE 51, 222, 246 (22 maggio 1979). Su quella sentenza, la cui motivazione è stata bollata come “imbarazzante” da H. MEYER (*Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di J. Isensee e P. Kirchhof, III, *Demokratie – Bundesorgane*, III edizione, Heidelberg, C.F. Müller, 2005, 567), cfr. le considerazioni critiche di D. MUR-SWIEK, *Die Verfassungswidrigkeit der 5%-Sperrklausel im Europawahlgesetz*, in *Juristenzeitung*, 1979, 48 ss.

di una soglia di sbarramento appariva giustificata dal livello di frammentazione del Parlamento europeo, *naturaliter* più elevato di quello di qualsiasi Parlamento nazionale. D'altra parte, la Corte rilevava che l'organizzazione e il funzionamento del Parlamento europeo "non differiscono radicalmente da quelli dei parlamenti nazionali degli Stati membri. ... Fin dall'inizio i deputati non si sono riuniti in delegazioni nazionali, ma in gruppi orientati in ragione dell'appartenenza partitica. ... Nella prassi i gruppi hanno acquisito una rilevanza via via crescente"³¹. La scelta del legislatore elettorale tedesco, inoltre, era confortata dall'adozione di soglie di sbarramento, esplicite o implicite, in gran parte dei nove Stati membri della Comunità economica europea di allora: la decisione del *Bundesverfassungsgericht* conteneva perciò un'analitica rassegna di diritto comparato³². Si può citare, infine, la sottolineatura, presente in quella sentenza, della necessità di non differenziare eccessivamente il sistema elettorale europeo da quello previsto per le elezioni federali, salvaguardando così la consonanza fra i partiti politici rappresentati nel Parlamento nazionale e quelli presenti al Parlamento europeo: "Allo stadio attuale del processo d'integrazione, il fatto che il Parlamento europeo agisca in maniera efficace dipende ancora in misura massiccia dal fatto che sussistano uno stretto collegamento e cooperazione fra i deputati dell'Assemblea e le forze politiche dei loro paesi di origine, le quali, dal canto loro, possono influire sul Consiglio e sulla Commissione. L'Assemblea e i suoi deputati necessitano tuttora in misura notevole, tanto in sede di discussione e formulazione di misure concrete quanto al momento della loro attuazione, di uno stretto collegamento coi partiti che determinano la politica degli Stati membri. A questa esigenza non sono per nulla in grado di contribuire in ambito nazionale partitini insignificanti, che non hanno alcun legame diretto con le forze politiche rilevanti del loro paese di origine"³³. Nella pronuncia della Corte di Karlsruhe, perciò, si registra la compresenza di argomenti eterogenei, riconducibili sia a ragioni di ordine interno, sia a una riflessione sulla natura del sistema politico comunitario e alle tendenze che sembravano caratterizzarlo. Naturalmente, le considerazioni concernenti la progressiva emersione di un sistema di partiti politici europei si collocavano ancora – né avrebbe potuto essere altrimenti – sul piano del fattuale. È però innegabile che la formazione delle prime organizzazioni politiche sovranazionali – inizialmente concepite come articolazioni europee delle internazionali (democristiana, liberale, socialista) – andò di pari passo con un rafforzamento dei legami federativi tra partiti nazionali, imposto dall'organizzazione delle prime elezioni europee a suffragio diretto³⁴.

³¹ BVerfGE 51, 222, 246.

³² BVerfGE 51, 222, 250-254.

³³ BVerfGE 51, 222, 248 s.

³⁴ Cfr. A. RAZZA, *Liste transnazionali e procedura elettorale uniforme*, cit., 888.

3. *L'avanzata del processo di costituzionalizzazione dell'Unione e il suo impatto sulle leggi elettorali adottate negli Stati membri*

Dopo un periodo di relativa stabilità, dalla fine degli anni Novanta ha ripreso vigore la controversia intorno alle leggi elettorali per l'elezione del Parlamento europeo. In una tale evoluzione si può scorgere il riflesso dell'operare congiunto di diversi fattori: l'inesausto processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea, con le ambizioni "costituenti" e l'affermazione del ruolo dei partiti politici europei e della centralità della democrazia rappresentativa nell'architettura istituzionale dell'Unione (art. 10, par. 1, TUE)³⁵; il nuovo dinamismo delle istituzioni sovranazionali, che con la decisione del 25 giugno e 23 settembre 2002 hanno modificato l'Atto del 1976; l'instabilità e le contestazioni cui sempre più spesso vanno soggette le leggi elettorali, tanto nel dibattito politico quanto in sede giurisdizionale³⁶.

Da un lato, sono rimasti senza seguito, fin dagli anni Ottanta, i tentativi del Parlamento di elaborare un progetto di procedura elettorale uniforme in conformità all'art. 7, par. 1, dell'Atto del 1976³⁷. Dall'altro, la decisione del Consiglio del 2002 detta ormai alcune direttive e prescrizioni di dettaglio, cui gli Stati membri sono chiamati ad attenersi nell'elaborazione delle rispettive leggi elettorali, che devono essere riconducibili, in ogni caso, al *genus* dei sistemi elettorali proporzionali ("scrutinio di lista o uninominale preferenziale con riporto di voti di tipo proporzionale", secondo la previsione dell'art. 1, par. 1). In particolare, l'art. 3 – modificato, su questo punto, nel 2002 – *consente* agli Stati membri di

³⁵ A proposito dell'attuazione nel diritto derivato delle disposizioni dei trattati relative ai partiti politici europei v. G. GRASSO, voce *Partiti politici europei*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. III, 2008, 609 ss.; C. MARTINELLI, *Verso lo statuto (e il finanziamento) dei partiti politici europei*, in *Quad. cost.*, 2001, 435 ss.; V. LIPPOLIS, *I partiti politici europei*, cit.; G. RIZZONI, *Demos europeo e partiti politici: l'Europa alla ricerca di un regolamento*, su <http://archivio.rivistaaic.it>, s.d.; C. MARTINELLI, *Il finanziamento pubblico dei partiti europei*, in *Quad. cost.*, 2004, 416 ss.; M.R. ALLEGRI, *Il finanziamento pubblico e privato ai partiti politici europei: il regime attuale e le modifiche proposte in vista delle elezioni europee del 2014*, in *Osservatorio costituzionale*, 2013, su www.osservatorioaic.it; EAD., *Il nuovo regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei: una conclusione a effetto ritardato*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, su www.osservatorioaic.it; G. LÓPEZ DE LA FUENTE, *La novedosa propuesta de reglamento sobre el Estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 26, 2014, 331 ss.;

³⁶ Su quest'ultimo punto si rinvia, fra i molti, a R.H. PILDES, *Elections*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, a cura di M. Rosenfeld e A. Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, 530; A. PISANESCHI, *Giustizia costituzionale e leggi elettorali: le ragioni di un controllo difficile*, in *Quad. cost.*, 2015, 135 ss.; G. FAMIGLIETTI, *La Corte costituzionale e la progressiva appropriazione della materia elettorale*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 2017, 305 ss.; E. STRADELLA, *Dai rotten boroughs ad oggi, il lungo viaggio verso la rappresentanza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, spec. 985 ss.

³⁷ Ne dà conto ancora F. LANCHESTER, *Parlamento europeo*, cit.

prevedere una soglia di sbarramento nazionale non superiore al 5% dei voti espressi³⁸. La decisione del 2002 costituisce il portato – per molti versi minimalista – del progetto di procedura elettorale elaborato dal Parlamento fin dal 1998 sulla base della relazione Anastassopoulos. In quel documento si rinviene per la prima volta l'enunciazione di una proposta destinata a caratterizzare tutta la riflessione successiva e molto importante per i fini di questo lavoro: l'istituzione di una circoscrizione paneuropea, in cui sarebbe attribuito circa un decimo dei seggi del Parlamento e per la quale concorrerebbero liste transnazionali. Come si legge nella relazione Anastassopoulos, un'innovazione del genere – che il Consiglio decise poi di non riprendere – “contribuirebbe certamente a far emergere un'autentica coscienza politica europea e a costituire veri e propri partiti politici europei”³⁹. Nel frattempo, inoltre, sono mutate in misura decisiva le coordinate di diritto primario. Laddove l'art. 1 dell'Atto, nel suo testo originario, definiva il Parlamento come l'assemblea “dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità”, dopo l'introduzione di una cittadinanza sovranazionale i cittadini europei sono “direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo” (art. 10, par. 2, TUE).

Queste innovazioni – incrementali e sovente caratterizzate da un senso di transitorietà e incompiutezza – costituiscono lo sfondo delle trasformazioni che hanno interessato i tre ordinamenti nazionali presi in considerazione nel paragrafo precedente. Ciò che preme sottolineare, però, sono innanzitutto le ripercussioni sul nesso fra normativa elettorale e partiti politici e sulle aspirazioni alla creazione di una sfera pubblica europea.

In Francia, in un primo momento, è stato superato il principio della circoscrizione unica nazionale. Con la legge n. 2003-327 dell'11 aprile 2003, il territorio della Repubblica è stato ripartito in otto circoscrizioni, con l'ulteriore previsione che la soglia di sbarramento del 5% fosse calcolata a livello circoscrizionale. Quella legge di riforma fu impugnata in via preventiva da un gruppo di parlamentari, che vi scorgevano una smentita dei principi enunciati dal *Conseil constitutionnel* nella decisione n. 76-71 DC. Con la decisione n. 2003-468 DC del 3 aprile 2003 (*Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*)⁴⁰, però, i *Sages* della rue de Montpensier rigettarono il ricorso contro la legge n. 2003-327, facendo ricorso ad argomenti che mostravano la portata dei cambiamenti nel frattempo

³⁸ Su cui v. G.E. VIGEVANI, *Parlamento europeo: una nuova procedura elettorale uniforme*, in *Quad. cost.*, 2003, 175 ss., che valuta con scetticismo l'effettiva portata innovativa di quella decisione del Consiglio.

³⁹ Cfr. V. LIPPOLIS, *I partiti politici europei*, cit., 955 s.

⁴⁰ Su cui v. S. DE CACQUERAY, R. GHEVONTIAN, V. OGIER-BERNAUD, T.S. RENOUX, D. RIBES, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1^{er} avril-30 juin 2003*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, 573 ss.

intercorsi. I ricorrenti avevano affermato, in particolare, che la divisione del territorio nazionale in otto circoscrizioni avrebbe violato il principio d'indivisibilità della Repubblica; viceversa, soltanto una circoscrizione unica avrebbe permesso ai membri del Parlamento europeo eletti in Francia “di rappresentare il popolo francese nella sua totalità” (par. 35). Tuttavia, come si legge nel commento ufficiale alla decisione – che fa riferimento alle disposizioni del TUE citate all'inizio del presente paragrafo – i membri del Parlamento europeo eletti in Francia “non sono più necessariamente cittadini francesi. Non è neppure più possibile sostenere che rappresentino il popolo francese al Parlamento europeo”. Come si vede, perciò, nella lettura del *Conseil constitutionnel* – che peraltro riteneva necessario precisare che non era mutata la sua lettura dei principi d'indivisibilità della Repubblica e di unicità del popolo francese⁴¹ – era ormai interiorizzato il carattere genuinamente transnazionale che doveva assumere l'elezione del Parlamento europeo e che avrebbe trovato compiuta espressione nel trattato costituzionale (art. I-46, par. 2) e poi nel trattato di Lisbona (la già citata formulazione dell'art. 10 TUE).

L'“avvento” di Emmanuel Macron alla Presidenza della Repubblica è all'origine di un nuovo dinamismo istituzionale – i cui esiti sono ancora fortemente incerti – su scala sia nazionale⁴² sia sovranazionale⁴³. Per i fini di questo lavoro è necessario citare la legge n. 2018-509 del 25 giugno 2018, che ha reintrodotto una circoscrizione unica nazionale per le elezioni europee⁴⁴. La lettura dell'*exposé des motifs* e dell'*étude d'impact* relativi a questo testo legislativo sono rivelatori della complessità del momento presente: al tentativo, di cui si dirà meglio nel paragrafo 5, di rilanciare la costruzione di una *Öffentlichkeit* europea – in cui le formule elettorali e i processi d'integrazione partitica svolgono evidentemente un ruolo fondamentale⁴⁵ – si accompagna la consapevolezza di una grave crisi della democrazia rappresentativa; crisi, è appena il caso di aggiungere, sul cui sfondo

⁴¹ Così, nella decisione n. 99-412 DC del 15 giugno 1999 (*Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*) si legge che ha valore costituzionale il principio di unicità del popolo francese, “nessuna componente (*section*) del quale può attribuirsi l'esercizio della sovranità nazionale” (par. 5).

⁴² Sul punto v., per tutti, S. CECCANTI, *La V Repubblica dopo Macron: istituzioni invariate, sistema politico trasformato e riforma istituzionale per l'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 5 ss.; P. PICCIACCHIA, *Quinta Repubblica addio? Non, merci*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017, 377 ss.

⁴³ Per cui v. F.C. MAYER, *Der europäische Sisyphos: ein Kommentar zur Europa-Rede Emmanuel Macrons in der Sorbonne*, in *Verfassungsblog*, 27 settembre 2017, su www.verfassungsblog.de; M. LAZAR, *su Macron e l'Europa*, in *il Mulino*, 2018, 160 ss.

⁴⁴ Per cui v. P. PICCIACCHIA, *La riforma costituzionale all'ombra dell'“affaire Benalla”*, in *Nomos*, n. 2/2018, 7 (su www.nomos-leattualitaneldiritto.it).

⁴⁵ Questo si evince indirettamente anche dalla decisione n. 2018-766 DC del 21 giugno 2018 del *Conseil constitutionnel* (*Loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen*), che ha censurato per difetto di portata normativa la disposizione della legge n. 2018-509 che faceva salva l'eventuale, successiva entrata in vigore di nuove disposizioni di diritto dell'UE in materia elettorale.

si colloca anche l'ascesa dello stesso Macron. Così, le otto circoscrizioni sovranazionali “*n'ont pas permis de renforcer la proximité des électeurs avec leurs élus*”, e anzi l'astensionismo e la disaffezione del corpo elettorale sono considerevolmente aumentati “*tandis que parallèlement les pouvoirs du Parlement européen se sont renforcés*”. Per altro verso, si legge nell'*exposé des motifs*, la previsione di otto circoscrizioni “*n'a pas favorisé le pluralisme de la représentation. La multiplication des circonscriptions a eu pour effet de favoriser les plus grands partis. ... Le risque de voir ces formations plus modestes, mais exprimant la sensibilité d'une partie de l'opinion, contraintes de renoncer à présenter des listes, et donc être finalement exclues de toute représentation, est réel. ... Cet état de fait va à l'encontre de la vocation du Parlement européen, qui est refléter le pluralisme des courants d'idée et d'opinions au sein des États membres de l'Union européenne*”. Da ultimo, l'introduzione di una circoscrizione unica nazionale sortirebbe l'effetto di avvicinare la disciplina francese a quella in vigore nella maggior parte degli altri Stati membri. Come si vede, l'intonazione di questa riforma pone in rilievo preoccupazioni ulteriori rispetto all'ispirazione centripeta dello *Spitzenkandidaten-Prozess* e del fallito tentativo d'istituzione di una circoscrizione elettorale paneuropea, sui quali ci si soffermerà nel prossimo paragrafo. Ciò che sembra emergere, insomma, è un'esigenza di contrastare la crisi della rappresentanza e di accentuare, per quanto possibile, il carattere inclusivo della legislazione elettorale.

Assai diversa è invece la vicenda tedesca, che ha peraltro il merito di sottolineare con forza la stretta correlazione fra i problemi specifici della legislazione elettorale e le potenzialità – o piuttosto i limiti – del processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea e di creazione di un sistema democratico-rappresentativo sovranazionale. Nel 2010, infatti, è stata nuovamente contestata la legittimità costituzionale delle disposizioni dell'*Europawahlgesetz* relative alla soglia di sbarramento del 5%. Con un netto *revirement* rispetto alla propria decisione del maggio 1979, il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto tali disposizioni costituzionalmente illegittime per contrasto col principio dell'eguaglianza del voto, proclamato all'art. 38 della Legge fondamentale della Repubblica federale⁴⁶. In questa sede non interessa tanto ripercorrere nella sua interezza il percorso logico-argomentativo cui hanno fatto ricorso i giudici di Karlsruhe: ciò che conta, piuttosto, sono le ragioni per cui nella sentenza sono stati respinti gli argomenti che potevano militare a favore della legittimità di una deroga al principio dell'eguaglianza del voto, quale è la soglia di sbarramento. È senz'altro vero, come si è appena ricordato che l'Atto del 1976 – nella formulazione attualmente in vigore – consente agli Stati membri di prevedere una soglia di sbarramento uguale o inferiore al 5% dei voti espressi. Non si tratta però di un obbligo: la disposizione europea “*mantiene perciò intatta la portata della verifica, all'interno dello Stato*

⁴⁶ BVerfGE 129, 300 (9 novembre 2011), su cui sia consentito fare rinvio a G. DELLEDONNE, *Il Bundesverfassungsgericht, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5%: un (altro) ritorno del Sonderweg?*, in *Riv. AIC*, n. 1/2012, su www.rivistaaic.it.

membro, della compatibilità di una tale disciplina coi principi elettorali garantiti dalla Legge fondamentale⁴⁷. Si tratta, cioè, di quella bipolarità di cui si diceva nel paragrafo 1 e che ben rispecchia il carattere composito della costituzione dell'Unione: come il *Conseil constitutionnel* nel 2003 ha valorizzato le innovazioni provenienti dal diritto sovranazionale, così il *Bundesverfassungsgericht* nel 2011 ha riaffermato la priorità delle indicazioni ricavabili dai principi della Legge fondamentale di Bonn. Ora, nella giurisprudenza della Corte di Karlsruhe l'argomento usato più spesso per giustificare la compatibilità delle soglie di sbarramento col principio dell'eguaglianza del voto – rispetto al quale esse costituiscono una deroga – è che occorre evitare che si costituisca un organo rappresentativo non in grado di operare (*handlungsunfähig*). Se però si cala questo argomento generico nel contesto del Parlamento europeo, ci si trova di fronte a una situazione assai differente, tanto in fatto quanto in diritto. Ad avviso della Corte costituzionale tedesca, non si può affermare in maniera stringente che una maggiore frammentazione nella composizione sia destinata a pregiudicare la funzionalità del Parlamento europeo. Da un lato, infatti, i gruppi parlamentari, strutturalmente più eterogenei di quelli nazionali, hanno una maggiore capacità integratrice e, conseguentemente, possono attrarre a sé più facilmente parlamentari di forze minori: “anche altri piccoli partiti, che sarebbero rappresentati in Parlamento se venissero meno le soglie di sbarramento, possono aderire ai gruppi esistenti⁴⁸”. D'altro canto, i tratti consociativi del funzionamento del Parlamento europeo devono essere considerati insieme con l'architettura istituzionale dell'Unione nel suo complesso: sulla base di argomenti di fatto e di diritto, che la Corte ha enunciato fin dal *Lissabon-Urteil* del 2009⁴⁹ e che trovano vasta eco nella dottrina costituzionalistica tedesca⁵⁰, l'UE non è né può trasformarsi in una “vera” democrazia rappresentativa. Né il Parlamento europeo si è veramente affrancato dalla sua natura originaria di “assemblea rappresentativa di popoli legati fra loro da vincoli pattizi⁵¹”. Come si vede, perciò, la sentenza del *Bundesverfassungsgericht*

⁴⁷ BVerfGE 129, 300, 317. Per contro, in una nota del Ministero degli interni tedesco si sosteneva la tesi secondo cui l'attuale formulazione dell'Atto del 1976 avrebbe costituito una valida pezza d'appoggio per la legittimità dell'art. 2, comma 7, dell'*Europawahlggesetz*, ove era prevista la soglia di sbarramento (la nota è disponibile su <http://www.uni-speyer.de/files/de/Lehrst%C3%BChle/ehemalige%20Lehrstuhlinhaber/VonArnim/KlagenBVG/StellungnahmeBMIvom23.09.2009.pdf>).

⁴⁸ BVerfGE 129, 300, 329 (corsivo aggiunto).

⁴⁹ BVerfGE 123, 267 (30 giugno 2009).

⁵⁰ Fra gli altri, si segnalano i contributi di F. SCHORKOPF, *Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 90; A. LÓPEZ PINA, *Einführung: Verfassungselemente in der supranationalen Ordnung der Europäischen Union*, in *Die Unionsgrundordnung – Handbuch zur Europäischen Verfassung*, a cura di D.T. Tsatsos, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2010, 314.

⁵¹ BVerfGE 129, 300, 318.

esprime un certo scetticismo circa la possibilità che nell'ordinamento sovranazionale dell'UE si radichi un sistema di democrazia rappresentativa affine a quelli degli Stati membri, con una dialettica "canonica" fra i partiti politici in campo.

Con una legge del 13 giugno 2013 il legislatore federale tedesco ha cercato di ovviare agli effetti della declaratoria d'illegittimità contenuta nella sentenza del 9 novembre 2011, introducendo una nuova – e più permissiva – soglia di sbarramento del 3%. Allo scopo di giustificare questa scelta – indubbiamente problematica se considerata dal punto di vista dei rapporti fra giudici costituzionali e organi democraticamente legittimati – il legislatore ha fatto leva sui tentativi di avviare una "politicizzazione" dell'Unione europea, valutati alla stregua di un mutamento di circostanze che avrebbe potuto imporre alla Corte di rivedere i suoi orientamenti. Sul significato della "politicizzazione" dell'UE e dello *Spitzenkandidaten-Prozess* ci si soffermerà analiticamente nel prossimo paragrafo. In ogni caso, la risposta del *Bundesverfassungsgericht* è stata in linea con la sua pronuncia del 2011⁵²: dato il carattere informale del tentativo di politicizzare l'Unione e di "parlamentarizzarne" la forma di governo, è difficile valutare con sicurezza in che misura l'eliminazione della soglia di sbarramento possa comprometterne il dispiegarsi degli effetti. Conserva tutta la sua forza, invece, la necessità di un'interpretazione restrittiva delle deroghe costituzionalmente ammissibili al principio dell'eguaglianza del voto. Il *Bundesverfassungsgericht* ha perciò dichiarato costituzionalmente illegittima anche questa previsione dell'*Europawahlgesetz*. Nel corso dell'ultimo anno, come si dirà nel paragrafo conclusivo, il Governo tedesco ha cercato di "europeizzare" questa *querelle*, promuovendo una nuova modificazione dell'Atto del 1976.

Le due sentenze della Corte costituzionale tedesca – in cui sono compendiati molti tratti caratteristici della sua giurisprudenza europea dell'ultimo decennio⁵³ – sono state commentate e criticate anche in altri Stati membri dell'Unione; fra questi figura senz'altro l'Italia. Con la legge 20 febbraio 2009, n. 10, infatti, è giunto a compimento un annoso processo di riforma della legge elettorale del 1979, ispirato dal tentativo di superarne l'ispirazione accentuatamente proporzionalistica⁵⁴. La principale innovazione prevista dalla legge n. 10/2009 è l'introduzione di una soglia di sbarramento nazionale del 4%⁵⁵. Se è vero che anche

⁵² BVerfGE 135, 259 (26 febbraio 2014), su cui ci si permette di rinviare a G. DELLEDONNE, *Elezioni del Parlamento europeo e politicizzazione dell'Unione di nuovo al vaglio del Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 2014, 690 ss.

⁵³ Per cui v. P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 431 ss.; F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, 23 ss.

⁵⁴ V. a questo proposito A. RUSSO, "Irragionevolezza" del sistema proporzionale puro? Un caso emblematico, in *Quad. cost.*, 2002, 309 ss.

⁵⁵ A proposito della legge n. 10/2009 v. G. FERRI, *La "semplificazione" del sistema politico italiano*

in quell'occasione considerazioni legate alla conformazione del sistema politico nazionale svolsero un ruolo non trascurabile – e addirittura preponderante nella relazione introduttiva alla p.d.l. n. C.1491⁵⁶ –, allo stesso tempo i commenti dottrinali non trascurarono gli argomenti inerenti alle trasformazioni della forma di governo dell'Unione e alla capacità dei partiti politici italiani d'incidere sulla vita dell'assemblea di Strasburgo e Bruxelles⁵⁷. A due riprese è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale della legge n. 18/1979 nella parte in cui ormai prevede una soglia di sbarramento del 4%; in entrambi i casi, però, il giudice delle leggi ha ritenuto le questioni inammissibili per difetto d'incidentalità⁵⁸. A una pronuncia sul merito della questione si è invece giunti con la sentenza n. 239/2018. Questa ha rigettato i dubbi formulati dal Consiglio di Stato, affermando che la soglia di sbarramento “risponde a esigenze reali e meritevoli di tutela”,

e la modifica della legge sull'elezione dei parlamentari europei, in *Dir. pubbl.*, 2009, 813 ss.; C. MARTINELLI, *Gli sbarramenti nelle leggi elettorali per il Parlamento europeo*, in *Quad. cost.*, 2009, 396 ss.

⁵⁶ Come osserva G. FERRI, *La “semplificazione” del sistema politico italiano e la modifica della legge sull'elezione dei parlamentari europei*, cit., 822, “[i]l sistema di elezione dei Parlamentari europei, che, consentendo a ogni partito di essere rappresentato, era considerato come un fattore che favoriva la frammentazione del quadro politico nazionale, ma non veniva avvertito come un'anomalia perché ... era inserito all'interno di un sistema politico-istituzionale che tendeva a includere tutti i gruppi, nella nuova situazione creatasi dopo le elezioni politiche del 2008 viene percepito come un elemento dissonante, che potrebbe ostacolare il processo di ‘modernizzazione’ del sistema politico in Italia”.

⁵⁷ Lo nota C. MARTINELLI, *Gli sbarramenti nelle leggi elettorali per il Parlamento europeo*, cit., 398 s., che discorre, pur se in forma dubitativa, di una “presa d'atto della classe politica della necessità di dare un contributo concreto al processo di aggregazione delle forze politiche europee”; e ciò a fronte del diffondersi, nelle discipline elettorali degli altri Stati membri, di soglie di sbarramento e di altri meccanismi volti a favorire il consolidamento di “famiglie” politiche sovranazionali e a “rafforzare i legami che tengono assieme i componenti di queste famiglie”. Ma v. anche G. FERRI, *La “semplificazione” del sistema politico italiano e la modifica della legge sull'elezione dei parlamentari europei*, cit., 832 s., ove si indica che “altre sono state le cause che sembrano aver inciso di più sulla difficoltà dei membri italiani del Parlamento europeo di rappresentare al meglio il proprio Paese”.

⁵⁸ Corte costituzionale, sentenze nn. 271/2010 e 110/2015. A proposito della prima decisione v. C. PINELLI, *Eguaglianza del voto e ripartizione dei seggi tra circoscrizioni*, in *Giur. cost.*, 2010, 3322 ss.; G. FERRI, *Nuovi e vecchi problemi del sistema di elezione dei parlamentari europei: l'assegnazione dei seggi attribuiti con i resti e lo “spostamento” dei seggi da una circoscrizione a un'altra*, in *Giur. cost.*, 2010, 3326 ss. È il caso di sottolineare, relativamente alla seconda decisione, che fra gli argomenti adoperati dal Tribunale ordinario di Venezia nella sua ordinanza di Venezia non mancano riferimenti alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*: “l'introduzione ex lege di una soglia di sbarramento in un sistema di tipo proporzionale, come quello in esame, limiterebbe irragionevolmente la rappresentanza politica, non ricorrendo l'esigenza di evitare una eccessiva frammentazione dei partiti, posto che al Parlamento europeo non sono attribuite funzioni elettive o di investitura fiduciaria di un governo dell'Unione; né esso avrebbe un ruolo determinante nella produzione legislativa, limitandosi invece a collaborare con il Consiglio nella discussione e nell'approvazione degli atti normativi, nonché a esercitare il controllo sulle altre istituzioni dell'Unione e ad approvarne il bilancio” (punto 1.2. del Ritenuto in fatto).

attinenti al buon funzionamento del Parlamento europeo e ai suoi rapporti con la Commissione. Alla Corte, però, preme sottolineare che è in corso un processo di “indubbia trasformazione in senso parlamentare della forma di governo dell’Unione europea”, da cui scaturisce “l’esigenza di favorire il formarsi di una maggioranza politica nell’assemblea”. Se è vero che non tutti gli Stati membri hanno introdotto nella propria legge elettorale un tale meccanismo di razionalizzazione, nondimeno, in considerazione del carattere graduale di questo processo di “razionalizzazione della presenza delle forze politiche nell’assemblea parlamentare europea”, la disciplina italiana sottoposta al controllo di costituzionalità dev’essere riguardata come un passaggio necessario – ancorché non sufficiente – in vista del conseguimento di quell’obiettivo.

4. *Dalla procedura elettorale uniforme alla politicizzazione dell’Unione*

I più recenti tentativi di riforma della legislazione elettorale in vista della creazione – o del rafforzamento – di una sfera pubblica europea hanno come sfondo le molteplici crisi che hanno caratterizzato nell’ultimo decennio la vita istituzionale dell’Unione⁵⁹. La fine della legittimazione in dell’UE in base all’*output* – o forse del suo mito – “rende necessario che funzionino al meglio i meccanismi della legittimazione in base all’*input*; e altresì quelli che fanno leva sui procedimenti con cui le decisioni sono prese, recentemente ricondotti ad una terza forma di legittimazione, definita della *throughput legitimacy*”⁶⁰. Quest’ultima fase è caratterizzata dalla difficoltà di modificare le disposizioni di riferimento – siano esse di diritto primario o di diritto derivato – e dal tentativo di battere vie alternative rispetto a quelle che hanno caratterizzato il dibattito dei quattro decenni precedenti.

Così, pare ormai versare in una situazione di stallo il cammino verso una procedura elettorale uniforme: dopo la già citata decisione del 2002, cioè, non sembrano essere alle viste iniziative che vadano nel senso di una più accentuata armonizzazione delle leggi elettorali in vigore negli Stati membri. Nell’apparente impossibilità di addivenire alla definizione di una procedura elettorale uniforme, la discussione sulla “europeizzazione” delle discipline per l’elezione del Parlamento europeo si concentra perciò sull’opportunità di creare una circoscrizione elettorale “paneuropea”, in cui si presenterebbero liste transnazionali e sarebbe

⁵⁹ Per un inquadramento complessivo v. A.J. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, 453 ss.; S. CASSESE, “L’Europa vive di crisi”, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 779 ss.

⁶⁰ N. LUPO, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione “composita” nell’UE: le diverse letture possibili*, in *Riv. AIC*, n. 3/2014, 3 (su www.rivistaaic.it); v. inoltre N. LUPO, G. RIVISECCHI, *Valutare le politiche di bilancio: il ruolo del Parlamento*, in *Dir. pubbl.*, 2016, spec. 335 ss.

perciò inverata la disposizione dell'art. 14, par. 2, TUE, secondo cui il Parlamento è composto di "rappresentanti dei cittadini dell'Unione". Questo percorso, per il quale non mancano precedenti già nel rapporto Anastassopoulos, ha ripreso con forza l'avvio in seguito al deposito del c.d. rapporto Duff presso la Commissione per gli affari costituzionali del Parlamento europeo, il 28 aprile 2011. Lo scopo delle misure delineate nel rapporto Duff è il rafforzamento della dimensione specificamente sovranazionale delle elezioni europee, "affinché l'opinione pubblica e i mezzi di comunicazione siano coinvolti nell'elaborazione delle decisioni politiche riguardanti il futuro dell'Unione europea. È qui che il ruolo dei partiti politici europei sarà fondamentale"⁶¹. L'elezione di venticinque deputati in una circoscrizione paneuropea è individuata come la soluzione per rafforzare la proiezione "europea" dei partiti politici che concorrono alle elezioni. Dal momento che il numero massimo di membri del Parlamento europeo è stabilito all'art. 14, par. 2, TUE, un problema ulteriore, dopo l'introduzione di una circoscrizione paneuropea, sarebbe quello della ridefinizione degli equilibri fra le varie circoscrizioni. Questo dato, unito alle resistenze dei vari Stati membri contro una proposta ritenuta troppo scopertamente federalista, è all'origine del relativo insuccesso della prima versione del rapporto Duff⁶². In seguito alla vittoria dell'opzione *Leave* nel referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione europea, la Commissione per gli affari costituzionali ha suggerito, nel quadro di una complessiva riduzione del numero dei membri del Parlamento di Strasburgo e Bruxelles, che i seggi di deputato europeo finora attribuiti al Regno Unito siano ridistribuiti, almeno in parte, a vantaggio della costituenda circoscrizione paneuropea. Il 7 febbraio 2018, però, il *plenum* del Parlamento europeo ha esplicitamente respinto questa proposta⁶³. Accanto alla mancanza di una base giuridica chiara, tra le motivazioni addotte dai contrari spiccano quelle che pongono in risalto la natura di *unicum* della prospettata circoscrizione paneuropea, anche rispetto a esperienze federali ben più consolidate⁶⁴. Rianno-

⁶¹ Il rapporto Duff e la proposta di risoluzione del Parlamento europeo cui esso è allegato sono disponibili su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0176+0+DOC+XML+V0//IT>.

⁶² Ne dà conto S.A. DE LEÓN, *Four decades of the European Electoral Act: a look back and a look ahead to an unfulfilled ambition*, in *European Law Review*, 2017, 363 s.; v. inoltre O. PORCHIA, voce *Partiti politici europei*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2014, 805 ss.; A. CIANCIO, *A New Uniform Electoral Procedure to Re-Legitimize the Process of Political Integration in Europe. About the EU Parliament Resolution of 11 November 2015 on the Reform of the 1976 Electoral Act*, in *federalismi.it*, n. 23/2015, su www.federalismi.it; R. PERRONE, *Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia nell'Unione: quali strumenti?*, in *Giur. cost.*, 2017, 929 ss.

⁶³ La proposta di risoluzione sulla composizione del Parlamento europeo e il rapporto presentato da Danuta Hübner e Pedro Silva Pereira sono disponibili su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2018-0007+0+DOC+XML+V0//IT>.

⁶⁴ V. ad es. *Parliament votes down plan for Pan-European MEPs*, in *Politico*, 7 febbraio 2018, su www.politico.eu.

dando il filo delle considerazioni svolte nel paragrafo 1, si potrebbe dire che con l'istituzione di una circoscrizione paneuropea, e dunque con una modificazione *ad hoc* della cornice istituzionale, si è tentato – finora con modesto successo – di favorire una dinamica centripeta che altrove è stata innescata proprio dal sistema politico-partitico.

La seconda innovazione che ha caratterizzato le ultime due legislature del Parlamento europeo, benché distinta dalla discussione sulla circoscrizione pan-europea, è ad essa chiaramente collegata. Mentre le riforme di cui si è dato conto in questo paragrafo e nei precedenti hanno generalmente rafforzato l'anima proporzionalistica della contesa elettorale per il Parlamento europeo⁶⁵ – rispetto alla quale la creazione di una circoscrizione paneuropea sarebbe stata, per così dire, neutrale – la c.d. politicizzazione dell'Unione ha un'ispirazione differente.

In seguito alla presentazione di una terza versione del rapporto Duff, il 4 luglio 2013 il Parlamento ha approvato una risoluzione in cui, fra l'altro, chiede ai partiti politici europei di nominare i rispettivi candidati alla carica di Presidente della Commissione e di adottare procedure democratiche per la scelta di questi ultimi. Ai partiti politici nazionali, invece, si chiede d'informare i cittadini circa la loro affiliazione a un partito politico europeo e al loro sostegno al candidato di quest'ultimo alla presidenza della Commissione⁶⁶. Come si vede, si tratta di un'innovazione che ha natura prevalentemente informale, anche se è in qualche modo sorretta da un elemento desumibile dal diritto primario: al momento della designazione di un candidato alla carica di Presidente della Commissione, infatti, il Consiglio europeo è chiamato a tenere conto dei risultati delle elezioni europee (art. 17, par. 7, TUE). Con la formula della “politicizzazione” dell'Unione si fa allora riferimento a un processo – favorito da quell'atto d'indirizzo del Parlamento europeo, confermato da ultimo il 7 febbraio 2018 – che dovrebbe avvicinare il funzionamento dell'UE a quello di un “ordinario” sistema parlamentare, valorizzando il *continuum* Parlamento-Commissione e un rapporto dialettico fra maggio-

⁶⁵ Secondo un'opinione, la decisione del Consiglio del 2002, chiedendo a tutti gli Stati membri di adottare un sistema elettorale d'impronta proporzionalistica – ammettendo, oltre allo scrutinio di lista, anche il *single transferable vote* irlandese –, avrebbe preso posizione in maniera definitiva “a favore di una visione del Parlamento europeo quale ‘assemblea-arena’, che riflette l'intero arco delle opinioni presenti nei vari paesi, e costituisce dunque un freno all'aspirazione dello stesso Parlamento di porsi quale assemblea deliberante, che agisce con il classico schema maggioranza-opposizione e rafforza la relazione fiduciaria con la Commissione” (cfr. G.E. VIGEVANI, *Parlamento europeo*, cit., 176).

⁶⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2013 sul miglioramento delle modalità pratiche per lo svolgimento delle elezioni europee del 2014 (2013/2102(INI)), su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0323+0+DOC+XML+V0//IT>.

ranza e opposizione in seno al Parlamento⁶⁷. Sebbene la designazione esplicita di “capilista” (*Spitzenkandidaten*) da parte delle principali famiglie politiche europee sia avvenuta soltanto in vista delle elezioni europee del maggio 2014, i primi fermenti “politici” – nel senso che si è detto ora – si erano già manifestati in occasione della crisi della Commissione Santer e della nomina di Romano Prodi come nuovo presidente. Ciò era avvenuto, peraltro, dopo elezioni europee che per la prima volta avevano portato il Partito popolare europeo a esprimere il gruppo più numeroso del Parlamento europeo⁶⁸. A fronte di quei primi sommovimenti, la formale indicazione di “capilista” in tanto può avere un valore aggiunto, in quanto accresca la visibilità e la riconoscibilità di ciascuna famiglia politica europea, superando, per lo meno in parte, lo “schermo” delle sue componenti nazionali⁶⁹.

Vale la pena di sottolineare che la logica immanente al processo di politicizzazione potrebbe portare a un’attenuazione dei caratteri più tipicamente proporzionalistici della legislazione elettorale in vigore negli Stati membri. Come si legge ad esempio in una risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2012, collegata a una versione intermedia del rapporto Duff, “ai fini della stabilità delle procedure legislative dell’Unione e del buon funzionamento del suo esecutivo sarà estremamente importante che esistano maggioranze affidabili in seno al Parlamento [il quale] invita pertanto gli Stati membri a fissare nella loro elettorale ... soglie minime, appropriate e proporzionate, per la ripartizione dei seggi”⁷⁰. Nel più recente dibattito sull’introduzione di una circoscrizione paneuropea il presidente del gruppo parlamentare liberal-democratico, Guy Verhofstadt, ha proposto di collegare quest’ultima agli *Spitzenkandidaten*, allo scopo di scongiurare gli effetti potenzialmente distortivi dell’applicazione di oltre venti diverse leggi elettorali al livello nazionale⁷¹.

⁶⁷ A questo proposito cfr., ad es., M. POIARES MADURO, *Fiscal Capacity and Constitutional Reform in the EMU*, in *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, a cura di M. Adams, F. Fabbrini e P. Larouche, Oxford, Hart Publishing, 2014, V ss.; G. CONTI, *L’elezione del Parlamento Europeo del 2014 e il processo di consolidamento dei partiti politici europei*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, su www.osservatorioaic.it; M.I. PAPA, *Elezioni europee e nomina del Presidente della Commissione europea: “questa volta è (veramente) diverso?”*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, su www.osservatorioaic.it; C. ANTPÖHLER, *Enhancing European Democracy in Times of Crisis? – The Proposal to Politicise the Election of the European Commission’s President*, in *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, a cura di F. Fabbrini, E. Hirsch Ballin e H. Somsen, Oxford, Hart Publishing, 2015, 217 ss.; F. FABBRINI, *Representation in the European Parliament: Of False Problems and Real Challenges*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2015, 839 ss.

⁶⁸ Sul punto cfr. V. LIPPOLIS, *I partiti politici europei*, cit., 950; M. WESTLAKE, *Chronicle of an Election Foretold: The Longer-Term Trends leading to the ‘Spitzenkandidaten’ procedure and the Election of Jean-Claude Juncker as European Commission President*, LEQS Paper n. 102/2016, 31 ss.

⁶⁹ Cfr. F. SAITTO, *European political parties and European public space*, cit., 41.

⁷⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2012 sulle elezioni al Parlamento europeo del 2014 (2012/2829(RSP)), su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0462+0+DOC+XML+V0//IT>.

⁷¹ V. *Centre-right torpedoed pan-EU electoral lists plan*, in *EUobserver*, 7 febbraio 2018, su www.euobserver.com.

5. Conclusioni

Come si è visto nei paragrafi precedenti, la legislazione elettorale è da sempre uno degli snodi cruciali per la costruzione di una *Öffentlichkeit* europea; ciò, per lo meno, se si fa assegnamento sulla capacità dei partiti politici di svolgere un ruolo federatore⁷². Se è vero che non si tratta, a rigore, di un segmento del diritto dei partiti, nondimeno i suoi effetti sulla posizione costituzionale dei partiti politici europei sono evidentemente di grande portata⁷³. E la centralità della questione elettorale ha portato alcuni commentatori in dottrina ad affermare che al momento il problema principale del Parlamento europeo “*does not lie in its lack of powers or its position between mere assembly and a parliament of a state, but in the electoral law of the EU. Its reform is indispensable*”⁷⁴.

Per di più, e secondo uno schema caratteristico del diritto costituzionale dell’UE, nella materia elettorale si riscontra la coesistenza di complessi normativi nazionali e sovranazionali, fra i quali si creano equilibri instabili: questo dato emerge con nitore dall’analisi delle pronunce del *Conseil constitutionnel*, del *Bundesverfassungsgericht* e della Corte costituzionale italiana, tanto negli anni Settanta quanto nel periodo successivo all’entrata in vigore del trattato di Maastricht. L’approfondimento e l’arricchimento del processo di costituzionalizzazione non hanno provocato un affievolimento della capacità regolativa dei principi costituzionali nazionali; si può dire, anzi, che si registri una tensione crescente fra l’ambizione di creare una competizione politica genuinamente sovranazionale e le perplessità, radicate soprattutto in Germania, circa la praticabilità di un’evoluzione del genere. Proprio il tentativo di scuotere quegli equilibri instabili di cui ora si è detto è alla radice dell’iniziativa, fortemente sostenuta dal Governo tedesco, che ha portato all’approvazione della decisione n. 2018/994/UE del Consiglio del 13 luglio 2018⁷⁵. Quest’ultima – che ad oggi, in mancanza dell’approvazione degli Stati membri, non è ancora entrata in vigore – contiene un obbligo d’in-

⁷² Cfr. ancora V. LIPPOLIS, *I partiti politici europei*, cit., 942 s.

⁷³ Si può citare un esempio, tratto dall’art. 3 del regolamento n. 2004/2003, per il quale cfr. G. GRASSO, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, in *Nomos*, n. 1/2017, 15 s. (su www.nomos-leattualitaneldiritto.it): un partito politico a livello europeo deve soddisfare alcune condizioni, fra cui “essere rappresentato, in almeno un quarto degli Stati membri, da membri del Parlamento europeo o nei parlamenti nazionali o regionali o nelle assemblee regionali, oppure aver ricevuto, in almeno un quarto degli Stati membri, almeno il 3% dei voti espressi in ognuno di tali Stati membri in occasione delle ultime elezioni del Parlamento europeo” (corsivo aggiunto). V. inoltre *supra*, nt. 4.

⁷⁴ Così M. RUFFERT, *European integration in a crisis scenario: easy steps to revitalize the EU as a subject and to avoid disintegration?*, in *Framing the Subjects and Objects of Contemporary EU Law*, a cura di E. Fahey e S. Bardutzky, Cheltenham and Northampton, Mass., Edward Elgar Publishing, 2017, 270.

⁷⁵ Il testo della decisione n. 2018/994/UE è reperibile all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2018/994/oj?locale=it>. All’iter della decisione si allude, più o meno direttamente, sia nella decisione n. 2018-766 DC del *Conseil constitutionnel*, sia nella sentenza n. 239/2018 della Corte costituzionale italiana.

trodurre una soglia di sbarramento compresa fra il 2% e il 5% dei voti validi per gli Stati membri con “circoscrizioni elettorali che comprendono più di 35 seggi” (art. 3, par. 2 della decisione).

È caratteristica della riflessione politologica la definizione delle elezioni europee come *elezioni di secondo grado* (*second-order elections*)⁷⁶. Se si volge lo sguardo agli argomenti di diritto costituzionale che hanno accompagnato il percorso evolutivo della legislazione elettorale per il Parlamento europeo, si nota un’oscillazione non meno eloquente, legata anch’essa alla difficoltà di affermare il carattere “europeo” di queste consultazioni elettorali. Ciò che è interessante notare è che nello stesso torno di tempo preoccupazioni tipicamente nazionali – come quelle del *Conseil constitutionnel* nella decisione n. 76-71 DC – coesistono con argomenti di altro tipo, come quelli impiegati nelle medesime circostanze dal Presidente della Repubblica Giscard d’Estaing. Ma se anche si adotta un punto di vista unicamente rivolto alle caratteristiche di una democrazia sovranazionale *in fieri*, si nota la compresenza di accenti più inclusivi, secondo i quali ciascuna famiglia politica dovrebbe avere la possibilità di inviare rappresentanti dalla maggior parte degli Stati membri⁷⁷, e l’aspirazione ad accentuare i tratti competitivi della contesa elettorale e, forse, la “governabilità” nel *continuum* Parlamento-Commissione⁷⁸.

Come si è ripetuto più volte nel corso del presente lavoro, la legislazione elettorale può incidere solo indirettamente sulle caratteristiche e sul funzionamento di un certo sistema politico-partitico. Talvolta, peraltro, il rapporto di reciproca implicazione fra questi due dati può dare luogo a risultati imprevedibili⁷⁹. Le riflessioni e i conflitti di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti non possono allora dare risposta a due dubbi fondamentali, che ne costituiscono, per così dire, lo sfondo e il limite. Il primo è quello avanzato da Dieter Grimm a proposito dell’inesistenza di un *demos* europeo e quindi, inevitabilmente, anche di un sistema europeo dei partiti⁸⁰. Il secondo dubbio, invece, attiene al carattere “anomalo” dell’attività dei partiti politici europei messo in luce da Peter Mair, sia sul versante del *representative role* sia su quello del *governmental role*⁸¹.

⁷⁶ In questo senso v. già K. REIF, H. SCHMITT, *Nine Second-Order National Elections. A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results*, in *European Journal of Political Research*, n. 8/1980, 3 ss. Una delle conseguenze della natura di *elezioni di secondo grado* sovente attribuita alle elezioni europee è la ridotta incidenza del *voto strategico*, con un conseguente aumento dei voti per i partiti minori (cfr. M. MARSH, *Testing the Second-Order Election Model after Four European Elections*, in *British Journal of Political Science*, 1998, 591 ss.; H. SCHMITT, *The European Parliament Elections of June 2004: Still Second-Order?*, in *West European Politics*, 2005, 650 ss.).

⁷⁷ Cfr. già la ricostruzione di F. LANCHESTER, *Parlamento europeo*, cit., 152.

⁷⁸ Su questa alternativa v. F. FABBRINI, *Representation in the European Parliament*, cit.

⁷⁹ Come segnalato da M. LUCIANI, voce *Governo (forme di)*, cit. (cfr. *supra*, nt. 3).

⁸⁰ Il riferimento è a D. GRIMM, *Una Costituzione per l’Europa?*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther, Torino, Einaudi, 1996, 356 ss.; cfr. inoltre V. LIPPOLIS, *I partiti politici europei*, cit., 944 ss.; A. CIANCIO, *I partiti politici europei e il processo di democratizzazione dell’Unione*, Centro di documentazione europea, Università di Catania, *working paper* n.11/2009, 7 (su www.cde.unict.it).

⁸¹ P. MAIR, *Representative versus Responsible Government*, MPIFG Working Paper 09/8, su <http://>

Abstract

Reform of the electoral law and European political parties

by Giacomo Delledonne

This essay aims to analyse how electoral system for European elections, and the discussion about their constitutional significance and reform, have contributed to shaping the legal status of the European political parties. The relationship between electoral laws, party systems and political party regulation is a locus classicus of constitutional law. In this respect, the peculiar character of the composite constitutional system of the European Union, in which supra-national and national legal materials coexist, shows that the development of the European political parties and its autonomisation from national party systems is still an ongoing process.

Le concessioni nel Codice dei contratti pubblici: profili di apertura al mercato e novità in tema di esecuzione del contratto

di Alessandro Di Martino

SOMMARIO: 1. Dall'autoritatività alla negoziazione: brevi cenni sul nuovo volto delle concessioni amministrative. – 2. Discrezionalità della stazione appaltante ed apertura al confronto concorrenziale nell'*iter* procedurale per l'affidamento delle concessioni. – 3. Novità e conferme in tema di esecuzione del contratto di concessione: l'affidamento dei concessionari a terzi. – 4. Considerazioni conclusive e prospettive di riforma: un bilancio di sintesi sulle concessioni nel Codice dei contratti pubblici

1. *Dall'autoritatività alla negoziazione: brevi cenni sul nuovo volto delle concessioni amministrative*

L'esame della normativa nazionale in materia di concessioni nel Codice dei contratti pubblici non può prescindere dall'analisi delle Direttive europee e, nel caso oggetto della presente indagine, della Direttiva 2014/23/UE¹. Nonostante il non elevato grado di dettaglio in fase redazionale della Direttiva, finalizzato ad evitare eccessivi vincoli in capo agli Stati membri, non sono mancate difficoltà di recepimento nell'ordinamento interno, con particolare riferimento al trasferimento del rischio operativo, alla libertà di organizzare le procedure di scelta del concessionario, nonché alla discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici².

Nella logica sovranazionale a venire in rilievo è il nuovo archetipo interpretativo in virtù del quale le concessioni devono spogliarsi del loro radicamento pubblicistico³ ed essere considerate contratti a tutti gli effetti⁴. Invero, secondo

¹ Per un'analisi della direttiva "concessioni" del 26 febbraio 2014, e per una valutazione dell'incidenza spiegata dalla medesima sulla legge delega e sul Codice dei contratti pubblici, cfr. M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 741 ss.; M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *Riv. Trim. dir. Pubblica*, 2016, 4, 476 ss.; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Urb. App.*, XII, 2014, 1135 ss.; M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), Napoli, 2015, 3 ss.; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2015, 101 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss.; G.D. COMPORI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in www.federalismi.it, 2015.

² Si veda l'art. 2 della Direttiva 2014/23 UE.

³ Densa è la letteratura che ha definito le concessioni come atti di esclusiva natura autoritativa; su tutti, cfr. O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7-83, che da subito non nasconde la volontà di proporre una distinzione generale degli atti amministrativi in base alla loro funzione, e in questa prospettiva le concessioni rappresentano quegli atti in cui "lo Stato viene a lui [al cittadino] ad aprire" una nuova sfera di utilità; "si ha in altre parole, un vero nuovo diritto (*sensu lato*), che dallo Stato è conferito al privato, senza che questi ne abbia neppure il germe".

⁴ Tra i vari, cfr. G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in A. ROMANO, V. SPA-

la lettura fornita in sede europea, emerge un evidente mutamento della *ratio* originaria sottesa all'istituto delle concessioni amministrative. Storicamente, infatti, la concessione era considerata una figura giuridica saldamente ancorata alla presenza di un potere pubblicistico unilaterale, accrescitivo della sfera di utilità del privato di una nuova situazione giuridica soggettiva, figura elevata a paradigma del provvedimento amministrativo discrezionale, soggetta ai poteri di autotutela⁵ decisoria ed esecutoria da parte della p.a.⁶

Nel panorama contemporaneo, a seguito delle numerose oscillazioni sul punto della dottrina e della giurisprudenza⁷, le concessioni, disciplinate dagli

GNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995; C. FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, in E. GABRIELLI, P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2007; N. BONTEMPO, *L'istituto della concessione nell'ambito dei sistemi di esecuzione di opere pubbliche*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1995, 267 ss.; F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di) *Le concessioni di servizi*, Rimini, 1988, 25; M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, 1998, ad vocem, 2 ss.; V. CAIANELLO, *Concessioni (diritto amministrativo)*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, II, Torino, 1980, ad vocem, 234 ss.; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, parte III, Milano, 1935; O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma – Firenze, 1894; E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, ad vocem, 370 ss.; B. RAGANELLI, *Le concessioni di lavori e servizi*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, 985 ss.; U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369 ss.

⁵ Sul punto, si veda su tutti S. TUCILLO, *Autotutela: potere doveroso?* in www.federalismi.it, 2016.

⁶ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000. La natura unilaterale delle concessioni viene criticata aspramente da U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., p. 396. In particolare, l'A. sostiene che “le concessioni di pubblico servizio, considerate genericamente come accordo di due volontà, e facendo astrazione da quanto vi ha di elemento pubblico in esse, presentano la fisionomia giuridica di una forma contrattuale”: precisa, tuttavia, che si sarebbe trattato di uno strumento contrattuale di diritto pubblico. Come è stato sottolineato da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 138, la teoria contrattuale di Forti in punto di concessioni rimase assai isolata nel panorama dottrinario e giurisprudenziale del primo Novecento, fondando le proprie radici nel “contratto di diritto pubblico”, istituto giuridico in ordine al quale permanevano molteplici profili di perplessità nella scienza giuspubblicistica, non solo italiana.

⁷ Con una sentenza della Corte di Cassazione del 12 gennaio 1910 fu elaborata la tesi della “concessione-contratto”. Come sostenuto da A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, IV, 2012, 567 ss., si trattava di una ricostruzione a doppio binario che, facendo salva la natura costitutiva e accrescitiva del provvedimento, consentiva di legittimare l'esistenza di uno spazio contrattuale al fine di regolare il rapporto tra le parti: il provvedimento amministrativo, stante l'indisponibilità dell'oggetto pubblico da parte dell'autonomia negoziale delle parti, avrebbe garantito la costituzione del rapporto mediante la delega o il trasferimento di poteri pubblicistici, mentre il contratto avrebbe regolato i soli aspetti patrimoniali della vicenda. Il rapporto di concessione, dunque, veniva scisso in due fasi: la prima dominata dal provvedimento, e quindi a carattere autoritativo, nell'ambito della quale lo Stato si spogliava di un suo potere concedendolo al privato (la cui accettazione ne sarebbe solo condizione di efficacia);

artt. 164 a 178 del Codice dei contratti pubblici, risultano essere a tutti gli effetti contratti a titolo oneroso, mediante i quali le amministrazioni aggiudicatrici affidano l'esecuzione di lavori o la gestione (e/o prestazione) di servizi ad un operatore economico. Il contratto ha per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi, e il relativo corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi, con trasferimento dall'amministrazione aggiudicatrice al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori e servizi stessi⁸.

Il concetto di "rischio operativo", il cui trasferimento costituisce l'elemento principale della fattispecie concessoria – nella declinazione che ne sostiene il diritto europeo in discontinuità con buona parte della tradizione giuridica interna⁹ – viene chiarito dall'articolo 5, comma 2, della Direttiva europea 2014/23. Il legislatore europeo articola la nozione di rischio operativo in relazione a due fronti, quello della domanda e quello dell'offerta, sottolineando come le tipologie di rischio richiamate non debbano ricorrere cumulativamente, attesa la possibilità di configurare il "rischio operativo" in presenza anche solo di una delle due dimensioni. Inoltre, continua la direttiva, "si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile".

Il trasferimento del rischio operativo al concessionario, e la conseguente assenza di garanzie economiche, tale da mettere in dubbio il recupero degli investimenti effettuati per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione, costituiscono l'effettivo *discrimen* che distingue il contratto di appalto dal contratto di concessione. Con riferimento al contratto d'appalto, il rischio operativo resta in capo alla stazione appaltante, mentre, come rilevato poc'anzi, nel contratto di concessione è il concessionario ad assumersi il rischio imprenditoriale.

È evidente, dunque, come lo scenario qui richiamato denunci l'esistenza di un processo di trasformazione della *ratio* sottesa all'istituto concessorio. Ad

l'altra a carattere contrattuale, attraverso la quale le parti regolavano il rapporto già instauratosi. Sul punto, *ex multis*, cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit.

⁸ Per una breve analisi circa l'importanza del trasferimento del rischio operativo dall'amministrazione aggiudicatrice al concessionario, da ultimo, cfr. G. F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, II, 2018, 599 ss.; inoltre, si vedano M. CERUTI, *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto in App. e contr.*, 2016, XI, 22-32; F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, IV, 703.

⁹ In tal senso, cfr. F. GAMBARDILLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, 153 ss.

oggi la concessione risulta essere totalmente piegata alle esigenze del mercato, sconfessando l'originaria configurazione della natura giuridica della concessione amministrativa, basata sull'attribuzione al destinatario di diritti esclusivi, in virtù dei quali quest'ultimo si sostituiva all'amministrazione, svolgendo attività strategiche per l'interesse della collettività¹⁰. All'esito di tale percorso evolutivo, infatti, non solo il concessionario è scelto attraverso una procedura ad evidenza pubblica, ma lo stesso viene definito *partner*¹¹, il quale oltre a doversi confrontare con le logiche del mercato, deve conseguentemente sottostare a tutte le regole concorrenziali vigenti nel diritto sovranazionale recepite nell'ordinamento interno.

2. *Discrezionalità della stazione appaltante ed apertura al confronto concorrenziale nell'iter procedurale per l'affidamento delle concessioni*

È agevole verificare come la nuova disciplina sulle concessioni, nel recepire la direttiva 2014/23 UE, quanto ai principi ispiratori, si muova su un doppio binario: da un lato, la stessa intende concedere una maggiore discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici; dall'altro lato, essa ancora le attività di esternalizzazione al principio di massima concorrenza tra gli operatori economici.

Con riferimento alla prima tendenza è opportuno prendere le mosse dalla lettura dell'articolo 166 del d.lgs. n. 50/2016¹². Il legislatore, coerentemente con il considerando 5 della Direttiva europea 2014/23¹³, riconosce la "libertà" delle

¹⁰ In questi termini, cfr. M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., 477.

¹¹ Sembra utile sottolineare, sebbene il concessionario sia terminologicamente definito *partner*, come in sede di "definizioni" (cfr. art. 3 del Codice dei contratti pubblici), emerge la netta differenza tra contratto di concessione e Partenariato Pubblico Privato. Tuttavia è di avviso radicalmente opposto, secondo cui la concessione rientrerebbe nelle logiche del più ampio *genus* del PPP, B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in cammino*, 27 febbraio 2017. In questa ottica, si veda altresì G. SANTI, *Il partenariato pubblico privato e il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, 2017.

¹² L'articolo 166 del d.lgs. n. 50/2016 dispone espressamente che "Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi 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 ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici".

¹³ Il considerando (5) della Direttiva europea 2014/23 afferma che "La presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico".

amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori di scegliere come gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi, al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale dei lavori e servizi. In tal senso, emerge un utilizzo alquanto disinvolto, sia in sede europea che in sede di recepimento nazionale, del termine "libertà", intesa come libera potestà valutativa nel merito, non essendo richiamato il termine senz'altro più appropriato, di discrezionalità¹⁴.

Il carattere equivoco della terminologia adoperata sia in sede sovranazionale sia in sede di recepimento interno trova conferma nella circostanza che la libertà evocata sia poi nella sostanza sconfessata dalle disposizioni che perimetrano l'ambito applicativo del Codice. Invero, l'articolo 164, comma 2, in materia di concessioni, impone all'amministrazione aggiudicatrice il rispetto delle parti I e II del d.lgs. n. 50/2016, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle procedure di affidamento e ai criteri di aggiudicazione¹⁵. Il richiamo alle norme della presente parte, dunque, costituisce *ictu oculi* il perimetro oltre il quale non può spingersi la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, la quale raggiunge un maggior grado di intensità nel momento della scelta del tipo di procedura da utilizzare per la selezione del privato concessionario¹⁶.

¹⁴ Questa critica è altresì sposata da G. TAGLIANETTI, *Il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori pubblici nel d.lgs. n. 50/2016*, in *Munus*, III, 2017, 498. In particolare, l'A. sostiene che "l'autonomia che il legislatore ha riconosciuto alle pubbliche amministrazioni nella organizzazione della procedura di gara per la scelta del concessionario non è propriamente espressione di libertà, ma di discrezionalità amministrativa. Secondo il ragionamento (e l'insegnamento) della dottrina tradizionale in tema di discrezionalità, invero, l'attività amministrativa non è mai libera nel fine, come si verifica generalmente nell'attività legislativa, dovendo, invece, perseguire un fine rispondente alla causa del potere esercitato".

¹⁵ In questo senso, cfr. C. VITOCOLONNA, *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*, in G. FERRARI, R. GAROFOLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, II, Roma, 2017, 2477. Nel senso dell'attribuzione del carattere della discrezionalità alla "libertà" delle amministrazioni aggiudicatrici, U. REALFONSO, *I contratti di concessione*, in F. CARINGELLA, M. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di) *Il nuovo diritto dei contratti pubblici, Commento organico al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Roma, 2016, 388, il quale sostiene che la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici debba essere riferita all'"ampia sfera di discrezionalità tecnico-politica che è necessaria in sede di avvio della gara [...] per la determinazione dell'ottimale assetto gestionale, per l'individuazione degli interessi degli standard tecnici e dei livelli minimi dei servizi e per la valutazione degli interessi coinvolti; la libertà cui la norma fa riferimento è da intendersi sul piano teleologico ed organizzatorio, con la conseguenza che pur nel rispetto delle regole procedurali dell'evidenza pubblica, le stazioni appaltanti per l'affidamento delle concessioni possono utilizzare forme di negoziazione più flessibili con candidati ed offerenti".

¹⁶ Sostiene tale interpretazione M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, cit., 480. Sul punto, molto interessante è l'interpretazione fornita da F. GARELLA, *Parte III i contratti di concessione*, in F. GARELLA, M. MARIANI (a cura di), *Il Codice dei contratti pubblici, Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino, 2016, 383, il quale afferma che la discrezionalità deve intendersi riferita all'*an* dell'affidamento e non al *quomodo*, con la conseguenza che una volta che il soggetto pubblico abbia deciso

Ulteriore profilo dal quale si evince come il legislatore abbia inteso attribuire un ampio margine di discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici si rinviene nell'articolo 171, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, il quale dispone espressamente che “*la stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni*”. Proprio in virtù dell'intenso grado di discrezionalità attribuito, ai sensi dell'articolo 166 del d.lgs. n. 50/2016, alle amministrazioni aggiudicatrici nell'organizzare la procedura di scelta del concessionario, tale ulteriore disposizione riconosce alle stazioni appaltanti la possibilità di condurre liberamente negoziazioni con i candidati e con gli offerenti, ferma restando l'incomerciabilità dell'oggetto della concessione, dei criteri di aggiudicazione e dei requisiti minimi¹⁷.

La negoziazione di cui all'articolo 171 del Codice può esplicarsi attraverso una duplice modalità applicativa. La negoziazione, infatti, può intercorrere sia tra l'amministrazione aggiudicatrice e i candidati nell'ambito di una procedura ristretta, in un momento dunque antecedente alla presentazione dell'offerta, sia, nel caso di procedura aperta, tra stazione appaltante ed offerenti, in seguito alla presentazione dell'offerta ma in un momento antecedente all'aggiudicazione. In tal senso, la modifica delle offerte potrebbe incidere in maniera rilevante sulla valutazione delle stesse effettuata dalla stazione appaltante, che comunque dovrà tenere conto dei criteri indicati in sede di *lex specialis*¹⁸.

Alla luce di quanto affermato, è evidente la *ratio* sottesa agli interventi del legislatore, sia europeo che nazionale, che – al di là dell'utilizzo dei termini, rivelatosi talvolta poco felice, come accaduto per esempio col riferimento alla libertà piuttosto che alla discrezionalità – ha inteso riservare alle stazioni appaltanti una

di affidare in concessione a terzi la gestione di un servizio o il compimento di un lavoro, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà seguire necessariamente le regole imposte per le concessioni dalla normativa codicistica.

¹⁷ La previsione di cui all'articolo 171, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, è assolutamente conforme al Considerando (68) della Direttiva 2014/23/UE, il quale dispone espressamente che “*Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati*”.

¹⁸ Sul punto, cfr. C. VITOCOLONNA, *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*, cit., 2522.

significativa ed ampia discrezionalità valutativa in ordine alle scelte di organizzazione delle procedure per l'aggiudicazione delle concessioni.

Nondimeno l'attenzione del legislatore si è rivolta anche all'obiettivo di garantire l'aderenza dell'affidamento dei contratti di concessione di lavori e di servizi al principio del *favor participationis* e di massima concorrenza tra gli operatori economici.

Il primo dato dal quale si può desumere l'apertura al mercato nell'affidamento delle concessioni emerge dalla lettura dell'articolo 172, comma 2, del Codice dei contratti pubblici¹⁹, con il quale il legislatore dispone espressamente che, al fine di soddisfare le condizioni di partecipazione di cui al precedente comma, ove opportuno e nel caso di una particolare concessione, "l'operatore economico può affidarsi alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con loro. Se un operatore economico intende fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che disporrà delle risorse necessarie per l'intera durata della concessione". È evidente come il legislatore, al fine di favorire la partecipazione alla gara soprattutto per le piccole e medie imprese, abbia inteso riferirsi alla disciplina dell'avvalimento, in base alla quale si consente agli operatori economici, per soddisfare le condizioni di partecipazione relative alla capacità tecnico-professionali ed economico-finanziarie previste dall'amministrazione aggiudicatrice, nel caso in cui sia opportuno ed in presenza di una particolare concessione, di affidarsi alle capacità di altri soggetti per l'intera durata del contratto di concessione²⁰.

Inoltre, altro principio al quale sembra ispirarsi la materia delle concessioni, in una logica di esaltazione degli obiettivi concorrenziali, è quello di rotazione negli affidamenti. Tuttavia, a differenza di quanto espressamente disposto in materia di appalti – ove attraverso una lettura combinata dell'articolo 30, comma 2 (che obbliga le stazioni appaltanti a rispettare i principi di libera concorrenza e non discriminazione), e dell'articolo 36, comma 1 (in materia di affidamenti con valore inferiore alla soglia comunitaria) del Codice dei contratti pubblici, il legislatore dispone che l'affidamento deve muoversi nel rispetto del principio

¹⁹ La disposizione in esame risulta essere connotata da una portata significativamente innovativa in quanto nella normativa previgente mancava un espresso richiamo all'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006 e all'articolo 88 del d.P.R. n. 207/2010, nonostante il supremo consesso amministrativo avesse comunque sancito l'integrale applicazione dell'avvalimento alle procedure di affidamento delle concessioni. *Ex multis*, cfr. Cons. Stato, 9 novembre 2015, n. 5091, con la quale si chiarisce che "si devono intendere riconducibili ai principi tutte quelle norme che rappresentino la declinazione dei principi generali della materia e trovino la propria ratio immediata nei medesimi principi". L'istituto dell'avvalimento si doveva applicare anche alle procedure di affidamento delle concessioni di servizi, nonostante l'art. 30 del precedente Codice non lo prevedesse, in quanto istituto pro-concorrenziale.

²⁰ In questi termini, M. CALCAGNILE, *L'avvalimento nelle concessioni e la scelta delle amministrazioni aggiudicatrici*, in *www.federalismi.it*, 2017, 10.

di rotazione – nel capo relativo alle concessioni emerge la totale assenza del riferimento al principio in esame. Ci si domanda, dunque, se l'affidamento delle concessioni debba rispettare il principio di rotazione, funzionale a favorire la massima partecipazione, soprattutto delle piccole e medie imprese, ed a scoraggiare il consolidamento di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore, risultati in precedenza aggiudicatari del lavoro o del servizio.

Invero, attesa l'evidente svista del legislatore che, come sottolineato, sia in sede di prima redazione del Codice, sia a seguito del successivo intervento correttivo con il d.lgs. n. 56/2017, non ha inserito una simile previsione nel capo relativo alle concessioni, è la stessa giurisprudenza a fornire indicazioni nel senso dell'obbligatorietà di procedere all'affidamento delle concessioni in ossequio del principio di rotazione.

Invero, la più recente giurisprudenza amministrativa²¹ – tenuto conto della previsione di cui all'articolo 164 del Codice, che impone alle amministrazioni aggiudicatrici il rispetto delle Parti I e II del medesimo testo normativo – ha ritenuto, condivisibilmente, che il mancato richiamo espresso del principio di rotazione nei criteri di affidamento delle concessioni previsti dall'articolo 30, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, non sia *ex se* idoneo ad escludere l'applicabilità del principio anche a queste ultime, dovendo lo stesso, al contrario, ritenersi richiamato, sebbene implicitamente, attraverso il riferimento più generale al principio di "libera concorrenza"²². In particolare, si attestano in senso analogo ulteriori pronunce giurisprudenziali, che paiono condivisibili, secondo le quali il principio di rotazione risulta essere appunto espressione del principio di trasparenza²³ e di libera concorrenza, in quanto finalizzato a soddisfare *"l'esigenza della maggiore apertura al mercato senza comprimere, oltre i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente"*²⁴.

²¹ T.A.R. Puglia, Sez. II, 13 agosto 2018, n. 1196; T.A.R. Lombardia, Sez. II, 26 marzo 2018, n. 354.

²² T.A.R. Liguria, Sez. II, 1 agosto 2018, n. 671; T.A.R. Toscana, Sez. II, 12 luglio 2017, n. 816; T.A.R. Toscana, Sez. II, 23 marzo 2017, n. 454.

²³ T.A.R. Campania, Sez. II, 27 ottobre 2016, n. 4981. In particolare, la giurisprudenza amministrativa ora richiamata sostiene che "ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto".

²⁴ T.A.R. Abruzzo, Sez. I, Sentenza del 9 giugno 2016, n. 372.

3. *Novità e conferme in tema di esecuzione del contratto di concessione: l'affidamento dei concessionari a terzi*

L'esecuzione del contratto di concessione è disciplinata dagli articoli 174 a 178 del Codice dei contratti pubblici, e la norma che desta maggiore interesse è dettata dall'articolo 177²⁵, che fa registrare una radicale inversione di tendenza rispetto al passato con riferimento al regime degli affidamenti a terzi da parte dei concessionari, nella misura in cui prevede una disciplina unitaria per tutte le tipologie di concessioni – di lavori e di servizi – e distingue le norme applicabili in base alle modalità di affidamento della concessione²⁶.

Con la norma in analisi il legislatore, nel dettare una disciplina per i concessionari titolari di concessioni esistenti affidate senza gara, ha dettato l'obbligo per i soggetti, pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori e servizi pubblici, di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi o forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro, e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, disponendo l'inserimento di clausole sociali per la stabilità del personale impiegato²⁷, sottraendo al raggio di operatività di tale obbligo le sole concessioni affidate con la formula della finanza di progetto²⁸.

Si è delineato, pertanto, un ulteriore obbligo di affidamento a terzi, per i titolari di concessioni non affidate con procedure di gara ad evidenza pubblica. Per quanto concerne la parte restante, dunque il 20%, la disposizione prevede che la medesima possa essere realizzata da società *in house*²⁹ per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. La *ratio* della norma in analisi si rinviene

²⁵ Su cui, recentemente, un'interessante analisi viene svolta da M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, I, 2018, 153 ss.

²⁶ Tale obbligo di esternalizzazione, peraltro, si pone in continuità con le previsioni del previgente d.lgs. n. 163/2006 che, all'art. 253, c. 25, statuiva l'obbligo di affidare a terzi, mediante procedura ad evidenza pubblica, una percentuale minima del sessanta per cento dei lavori, per i titolari di concessioni già assentite alla data del 30.6.2002.

²⁷ Si veda, sul punto, l'avviso espresso dall'ANAC, con delibera n. 856 del 3 agosto 2016.

²⁸ Ai sensi dell'art. 177 del nuovo Codice, "fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità...".

²⁹ Si veda, tra gli altri, C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm.*, III, 2008, 740 ss.

nella volontà di adeguare le convenzioni affidate (senza il previo esperimento della procedura ad evidenza pubblica) al principio della libera concorrenza, attraverso l'apertura al mercato delle concessioni, seppure in una fase successiva all'affidamento delle stesse, lasciando all'amministrazione la facoltà di procedere ad affidamenti diretti per una residuale parte dei lavori o dei servizi da effettuare.

Con riferimento, invece, alla disciplina applicabile ai concessionari titolari di concessioni esistenti, affidate attraverso procedura ad evidenza pubblica, tale fattispecie non ha trovato puntuale disciplina nel nuovo Codice dei contratti pubblici, dovendosi tuttavia ritenere applicabile la previgente disciplina dettata dagli articoli 142 e seguenti del d.lgs. n. 163/2006.

L'articolo 177, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 ha inoltre previsto, per le concessioni già in essere, un adeguamento entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del codice³⁰, mentre il comma 3 della stessa disposizione ha disposto un obbligo di riscontro annuale di tutte le concessioni rispetto all'osservanza dei predetti limiti da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC, incaricata di effettuare verifiche attraverso linee guida (non ancora pubblicate)³¹.

Con riguardo ai concessionari di lavori pubblici, il Codice detta, oltre a disposizioni di portata generale, rintracciabili nell'articolo 1, comma 2, lett. c), una disciplina puntuale nell'articolo 164, il quale, ai commi 4 e 5, riprendendo in larga scala quanto previsto nella disciplina previgente³², prefigura una duplice possibilità.

³⁰ Sul punto, un fondamentale arresto pare potersi rinvenire nella sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2017, con la quale il supremo consesso amministrativo, alla luce di un'interpretazione non univoca dell'articolo 177 del nuovo Codice dei contratti pubblici, afferma l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o servizi pubblici, di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro attraverso procedura ad evidenza pubblica. La sentenza ha senz'altro una portata creativa, nella misura in cui la norma in parola circoscrive attraverso il riferimento all'adeguamento nel termine dei ventiquattro mesi la portata degli obblighi di affidamento in esame, mentre, secondo la giurisprudenza *de qua*, la nuova regola di procedere all'individuazione dei soggetti affidatari a valle mediante procedura ad evidenza pubblica ha efficacia immediata a partire dall'entrata in vigore del Codice.

³¹ È doveroso segnalare come l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con delibera n. 614 del 4 luglio 2018, abbia disposto con la Linea guida n. 11 "*Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea*", analizzando l'applicabilità dell'articolo 177 del d.lgs. n. 50/2016 alle concessioni di lavori e di servizi di importo pari o superiore a 150.000 euro individuate dall'articolo 164 del d.lgs. 50/2016, affidate in data antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 in difformità rispetto alle procedure di affidamento consentite.

³² La disciplina previgente sul punto trovava una propria collocazione all'interno dell'art. 142, comma 4, il quale statuiva espressamente che: "I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della sezione IV del presente capo. Si applicano, in tale ipotesi, in quanto compatibili, le disposi-

Nel primo caso (art. 1, comma 4) il legislatore disciplina l'affidamento di lavori pubblici da parte del concessionario nel caso in cui quest'ultimo presenti requisiti tali da essere qualificato come amministrazione aggiudicatrice³³. In tale circostanza, ove lo stesso intenda procedere all'affidamento di un appalto di lavori, sarà tenuto all'osservanza integrale delle disposizioni del Codice. In sostanza le regole della procedura ad evidenza pubblica vengono così estese ad una serie di affidamenti per i quali, in passato, era consentita un'elusione delle norme concorrenziali in materia³⁴.

Nel secondo caso, che ricorre nelle ipotesi in cui il concessionario non possa essere qualificato come amministrazione aggiudicatrice in virtù della sua natura privatistica non accompagnata alla presenza di requisiti tali da giustificare nondimeno l'attrazione nella categoria degli organismi di diritto pubblico, le prescrizioni cui lo stesso è assoggettato sono, ai sensi dell'articolo 164, comma 5, quelle contenute nella Parte III – relativa, appunto, alle concessioni – nonché alle disposizioni in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, che non siano espressamente derogate dal legislatore. accreditamento ed iscrizione della medesima in un elenco istituito presso l'ANAC³⁵.

Infine, con riferimento alla disciplina applicabile ai concessionari affidatari di nuove concessioni affidate senza gara, neppure tale fattispecie ha trovato puntuale disciplina nel nuovo corpo normativo in materia di contratti pubblici. Peraltro, come rilevato anche dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016, profili di criticità emergono in relazione ad una incompiuta attuazione della delega di cui

zioni della parte I, parte IV, parte V, nonché le norme della parte II, titolo I e titolo II, in tema di pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non siano specificamente derogate dalla sezione IV del presente capo”.

³³ È evidente che in tal caso, come osserva C. ACOCELLA, *Amministrazioni aggiudicatrici ed altri enti aggiudicatori*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 451, i concessionari siano qualificati come amministrazioni aggiudicatrici “in ragione della loro riconducibilità al novero della categoria degli organismi di diritto pubblico”.

³⁴ Sul punto, in senso analogo, cfr. U. REALFONZO, *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016, IV. In particolare, l'A. sostiene che la *ratio* sottesa all'intervento del legislatore è rinvenibile nella “traslazione dell'onere della procedura pubblica comunitaria e di riportare al mercato una serie di affidamenti che nel passato erano stati indebitamente sottratti ad esso in violazione dei principi del Trattato”.

³⁵ Par qui necessario sottolineare il raccordo tra la disposizione in esame e l'art. 213, c. 4, del Codice dei contratti pubblici, dal quale emerge che l'ANAC è altresì incaricata di gestire il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza. In tal senso, uno spunto interessante si rinviene in C. ACOCELLA, *Qualificazioni delle stazioni appaltanti e centrali di committenza*, cit., 417, la quale afferma che “l'ampia vocazione delle linee guida che l'ANAC è facoltizzata ad adottare ai sensi dell'art. 213, c. 2, del d.lgs. n. 50/2016, nella misura in cui questo finalizza l'esercizio di tale potere, tra l'altro, alla garanzia della promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, apre potenziali spazi di impiego dello strumento anche in punto di *rating* delle amministrazioni aggiudicatrici”.

alla legge n. 11/2016, atteso che quest'ultima richiedeva una disciplina unitaria per i destinatari di concessioni individuati in assenza di procedure ad evidenza pubblica, indipendentemente dal fatto che si trattasse di nuove concessioni o di contratti già esistenti³⁶.

4. *Considerazioni conclusive e prospettive di riforma: un bilancio di sintesi sulle concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*

All'esito di questa breve indagine è apparso evidente il tentativo del legislatore di risolvere molte delle questioni affiorate per il passato nel delicato comparto delle concessioni, in particolare dovute ad una frammentarietà del previgente quadro giuridico rilevante, e quindi lo sforzo di compiere un'opera di (ri)sistemazione organica della materia.

Provando a tracciare un bilancio della nuova disciplina delle concessioni, si accolgono con favore, come si è anticipato, sia l'enunciazione di un principio che attribuisce un ampio margine di discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici, equiparando, attraverso il richiamo espresso alle Parti I e II del Codice, il contratto di concessione al contratto di appalto; sia la previsione di istituti – come, ad esempio, l'avvalimento – che consentano di aprire il mercato delle concessioni di lavori e di servizi ad un maggior numero di operatori economici, garantendo così l'effettività del principio del buon andamento delle pubbliche amministrazioni.

Tuttavia, il quadro normativo delle concessioni, così come delineato nel nuovo Codice dei contratti pubblici, presta il fianco ad alcuni rilievi critici, sia per le omissioni rilevabili nella Parte IV del Codice, sia a causa della presenza di disposizioni che, all'opposto, dovrebbero essere espunte.

Anzitutto con riferimento al principio del *favor participationis* alle commesse pubbliche, sebbene ad oggi sia condiviso l'avviso secondo cui si intende richiamato con il primo anche il rispetto del principio di rotazione per l'affidamento delle concessioni di lavori e di servizi, è doveroso auspicare un (ulteriore) intervento correttivo del legislatore volto ad introdurre espressamente anche per le concessioni la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare il principio stesso negli inviti alle gare, fermo restando il potere discrezionale nella scelta sul tipo di procedura da utilizzare per la selezione del *partner*. Ciò, ovviamente, al fine di chiarire in maniera espressa l'operatività dell'obbligo e,

³⁶ Si ritiene di dover sostenere l'avviso di M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, op. cit., il quale afferma che “il regime diviene binario: il concessionario già esistente è obbligato ad esternalizzare; mentre per quello di nuova aggiudicazione vale la disciplina del subappalto affidato a terzi, in base ad una scelta autonoma e diretta del concessionario medesimo”.

conseguentemente, di evitare pericolosi *revirement* della giurisprudenza nel senso della non obbligatorietà del rispetto del principio in esame.

Al fine di perseguire una effettiva organicità regolativa in materia di concessioni, appare altresì necessario l'inserimento di una disposizione che disciplini l'affidamento dei concessionari titolari di concessioni esistenti esternalizzate con gara. In ordine a tale fattispecie, come si è detto, trovano infatti applicazione le norme di cui agli articoli 142 e seguenti del d.lgs. n. 163/2006. Il richiamo alla disciplina previgente, che non tiene conto di una serie di principi enucleati prima dal legislatore europeo, e successivamente recepiti dal legislatore nazionale, potrebbe incoraggiare in sede applicativa l'accoglimento di soluzioni interpretative inopportune. A titolo esemplificativo, con riguardo alla questione relativa alla portata del principio di rotazione, sulla quale si è già indugiato, potrebbe giungersi all'eventualità (da scongiurare) che le stazioni appaltanti si sottraggano al rispetto del medesimo, limitando per l'effetto la concorrenza nel mercato delle concessioni di lavori e di servizi.

Infine, si ritiene di non dover accogliere positivamente la formulazione dell'articolo 177, comma 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale affida all'ANAC il compito di effettuare un controllo annuale sul rispetto del limite dell'80% delle quote da affidare a valle in concessione attraverso meccanismi concorsuali. In tale prospettiva, come afferma un recente contributo³⁷, la disposizione, e la conseguente applicazione della norma, rischia di "alterare un equilibrio geometrico" in relazione al singolo contratto, non tenendo conto delle esigenze eccezionali dello stesso non programmabili a monte dal concessionario.

³⁷ *Ivi*, 147.

Abstract

Concessions in Public Procurement Code. Market opening aspects and novelties with regard to contract execution

by Alessandro Di Martino

The purpose of this work is to examine concessions in the new Public Procurement Code, analysing, on the one hand, market opening aspects, and on the other hand, the novelties regarding contract execution. This analysis stems from a preliminary and fundamental observation, regarding the new understanding of concessions within the administrative system. Nowadays, we speak of “concessioni-contratto”, concluded with a partner, which allow to overcome the traditional idea of concessions as unilateral measures (expanding the legal sphere of individuals) by the public administration. After having analysed the specific features of concessions and procurement contracts, the focus then shifts on other elements from which it is possible to deduce, on the one hand, the wide margin of discretion of contracting authorities during the procedure for the awarding of concessions; on the other hand, the analysis focuses (above all) on two legal arrangements applicable to concessions, whose aim is to open up the awarding of works and services concessions to competition: the “avalimento” (reliance on the capacity of other entities) and the application (established in case-law) of the rotating principle are instrumental to a further market opening to small and medium enterprises. Finally, this work analyses art. 177 of Public Procurement Code, which deals with the contacting out to third-party contractors by the concessionaires, by highlighting the main novelties which are to be welcomed, by focusing on its implementation issues, and, if practicable, by recommending a *de jure condendo* perspective.

Hanno collaborato a questo numero:

Cristiano Celone

Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo

Alessandro Cioffi

Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi del Molise

Giacomo Delledonne

Assegnista di ricerca in diritto pubblico comparato presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Alessandro Di Martino

Dottorando di ricerca in diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Vanessa Manzetti

Ricercatrice di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Pisa

Clara Napolitano

Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi del Salento

Simone Pajno

Professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Sassari

Raffaele Picaro

Professore associato di diritto privato presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Caterina Ventimiglia

Ricercatrice di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo

Elenco dei valutatori esterni degli scritti pubblicati nell'annata 2018

Ch.ma prof.ssa Miriam Allena
Ch.mo prof. Jacopo Bercelli
Ch.ma prof.ssa Vittoria Berlingò
Ch.mo prof. Marco Brocca
Ch.mo prof. Salvatore Cimini
Ch.mo prof. Antonio Colavecchio
Ch.ma prof.ssa Giovanna Colombini
Ch.mo prof. Matteo Cosulich
Ch.ma prof.ssa Luciana De Grazia
Ch.mo prof. Salvatore Dettori
Ch.mo prof. Ruggiero Dipace
Ch.mo prof. Fabrizio Fracchia
Ch.ma prof.ssa Annalaura Giannelli
Ch.mo prof. Roberto Leonardi
Ch.ma prof.ssa Livia Mercati
Ch.mo prof. Pierluigi Portaluri
Ch.mo prof. Guido Rivosecchi
Ch.mo prof. Antonio Ruggeri
Ch.mo prof. Filippo Salvia
Ch.mo prof. Gino Scaccia
Ch.mo prof. Marco Tiberii
Ch.mo prof. Giuseppe Tropea
Ch.mo prof. Francesco Tuccari
Ch.mo prof. Stefano Villamena

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI APRILE 2019
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI