

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXV – Nuova serie
N. 3/2016 (settembre-dicembre)

INDICE

DOTTRINA

- ALFREDO CONTIERI
Il riesame del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 124/2015 331
- ALBERTO ZITO
*La nuova disciplina degli acquisti centralizzati ad oggetto "informatico",
introdotta dalla legge di stabilità per il 2016: dalla ricognizione dei problemi
ad un primo inquadramento sistematico* 341
- NICOLA GULLO
La contratación pública social y verde en Italia 353
- ORNELLA SPATARO
*La revisione costituzionale tra processi riformatori e crisi della rappresentanza
politica. Spunti di riflessione* 371

ANNALaura GIANNELLI	<i>Il nuovo codice dei contratti pubblici: cronaca di una rivoluzione (solo) annunciata</i>	391
ROBERTO LEONARDI	<i>La natura giuridica dell'imballaggio terziario rotto: rifiuto o sottoprodotto?</i>	419
FORTUNATO GAMBARDELLA	<i>Il vincolo indiretto di inedificabilità assoluta nella tutela dei beni culturali, tra proporzionalità e indennizzo</i>	437
VIVIANA MOLASCHI	<i>La tutela della salute nelle periferie: problemi e prospettive di intervento</i>	455
PAOLA SAVONA	<i>Access to public records and proactive disclosure of information in Italy: an overview</i>	485

Dottrina

Il riesame del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 124/2015

di Alfredo Contieri

SOMMARIO: 1. I recenti interventi legislativi sull'annullamento e sulla revoca. – 2. La codificazione dell'annullamento, della convalida e della revoca nella legge n. 15/2005. – 3. Le ragioni della riforma ed i tanti problemi ancora aperti.

1. *I recenti interventi legislativi sull'annullamento e sulla revoca*

La legge n. 124 del 7 agosto 2015, conosciuta come “*legge Madia*” costituisce un ambizioso progetto di ripensamento e riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche attraverso l'introduzione di norme volte a potenziare la semplificazione amministrativa, la trasparenza, la prevenzione della corruzione, ed a introdurre modifiche sulla organizzazione degli uffici statali, sulla dirigenza e sul rapporto di lavoro.

Si tratta prevalentemente di una legge delega, destinata a produrre effetti attraverso successivi decreti delegati, ma contiene anche norme che sono entrate immediatamente in vigore. Vanno richiamati in particolare l'art. 3 che ha introdotto nella legge n. 241 l'innovativa disposizione di cui all'art. 17 *bis* in tema di “*silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni e servizi pubblici*” e l'art. 6 rubricato “*autotutela amministrativa*” che ridisegna il potere di riesame e la SCIA. Autotutela *amministrativa* e non autotutela *decisoria* come invece andrebbe inquadrata secondo la nota classificazione di Benvenuti¹.

Sebbene per le ragioni che si vedranno il termine autotutela potrebbe non più considerarsi necessario, potendo questi poteri farsi rientrare nei procedimenti di secondo grado o di riesame, il termine autotutela viene normalmente utilizzato non solo nella legislazione come si è visto, ma anche nella giurisprudenza.

¹ Sull'autotutela, per tutti F. BENEVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano 1959, 537.

Sulla legge n. 124 possono ormai annoverarsi svariati commenti da parte della dottrina. Vanno richiamati in proposito quelli pubblicati sulla rivista *Federalismi.it*. In particolare cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 l. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, *ivi*, 16 settembre 2015; F. FRANCIARIO, *Autotutela Amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, *ivi*, 24 ottobre 2015; M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, *ivi*, 21 ottobre 2015; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, *ivi*, 21 ottobre 2015; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il “tempo dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri unilaterali in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto tutela dei terzi e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n. 124*, *ivi*, 23 dicembre 2015; Infine, sui profili generali della riforma, G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, *ivi*, 21 ottobre 2015.

Basterebbe ricordare due diverse figure di autotutela contenute nell'importantissima sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 14 del 2014, in tema di recesso dai contratti e di potere dell'amministrazione di intervenire con provvedimenti autoritativi come revoca e annullamento sull'aggiudicazione. La sentenza introduce la nozione di autotutela *privatistica*, ovvero di recesso, una volta stipulato il contratto di appalto e richiama in proposito gli artt. 134 e 135 del codice dei contratti pubblici, nonché l'art. 21 *septies* della legge 241 che riconosce il potere di recesso dai contratti se previsto dalla legge. Si scorge, dunque, un ulteriore settore di autotutela che possiamo definire privatistico. La stessa sentenza n. 14/2014 parla anche di autotutela *autoritativa*, senza riferirsi a quella decisoria, ma ad un'altra forma di intervento dell'amministrazione sui contratti di appalto, in applicazione delle norme antimafia. Infine abbiamo le ipotesi di annullamento o revoca dell'aggiudicazione, che dovrebbero invece rientrare nella tradizionale autotutela *decisoria*.

Tornando all'art 6 della legge Madia intitolato come si è detto autotutela amministrativa, si può notare che è paradossale che al suo interno si fa riferimento anche alla SCIA proprio nel momento in cui sono stati eliminati quei poteri di autotutela (artt. 21 *quinqes* e 21 *nonies*) previsti invece in passato dal legislatore a proposito di questo istituto. La disposizione in esame infatti, si limita a stabilire che l'amministrazione può intervenire se ricorrono le condizioni di cui all'art. 21 *nonies*, espungendo finalmente il potere di revoca e limitando il potere di intervento successivo solo entro diciotto mesi e per motivi di interesse pubblico. È opinione comune che questi interventi successivi di tipo interdittivo dell'attività non dovrebbero costituire manifestazioni di autotutela, sebbene figurino in questo articolo.

Volendoci ancora soffermare sulla norma chiave, l'art. 6, va ricordato che nella disciplina del potere di annullamento contenuta nell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 si aggiunge all'espressione "*entro un termine ragionevole*" quella "*non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione di provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici incluso i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20*" (e cioè in caso di silenzio assenso). Il comma 2 *bis*, poi, prevede che lo spirare dei diciotto mesi non costituisce più un limite all'annullamento nell'ipotesi in cui vi siano state false dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atti di notorietà, o false rappresentazioni della realtà, costituenti reato, ma accertate con sentenza passata in giudicato. Di conseguenza, possono trascorrere anche molti anni tra la falsa dichiarazione e l'annullamento del provvedimento favorevole.

È necessario, comunque, ancor prima di trattare della legge 124, a proposito di autotutela o di riesame, richiamare anche la legge n. 164 del 2014. Si tratta della cd. legge "*Sblocca Italia*" che è invece intervenuta in maniera molto significativa sulla revoca: in particolare, ha abolito la cosiddetta revoca pentimento o revoca ripensamento, allorché, anche in questo caso, si sia al cospetto di provve-

dimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici. Nel caso ricorrano questi provvedimenti di autorizzazione non è possibile che l'amministrazione proceda ad una nuova rivalutazione dell'interesse pubblico originario, in cui si configurava tradizionalmente l'essenza della revoca, *ius poenitendi*.

Sempre con la legge n. 124 si è previsto, questa volta in tema di annullamento, che il dirigente è responsabile per i danni causati dall'annullamento o anche dal mancato annullamento del provvedimento, disposizione questa che ha riaperto il dibattito sul problema dell'obbligo di pronuncia sull'istanza di riesame².

Occorre chiedersi se tutto ciò sia il risultato di un disegno consapevole, perché anche la tecnica utilizzata induce a riflettere. Sembrano interventi frammentari, episodici, rapsodici. In realtà può dirsi, senza voler anticipare le conclusioni del presente lavoro, che comunque almeno in questa riforma del riesame, esiste un chiaro motivo ispiratore, poiché si vogliono realizzare obiettivi precisi.

La riforma va inserita nel lungo processo di trasformazione dell'amministrazione rivolto verso la semplificazione delle procedure e la liberalizzazione delle attività economiche, che è approdato oggi nei territori dell'autotutela. Liberalizzazione e semplificazione sembrano caratteri antitetici rispetto all'autotutela, che si è sempre connotata per essere un'area in cui l'amministrazione è chiamata ad esercitare un potere che ha un alto tasso di autoritatività, capace di prevalere sulle situazioni favorevoli sorte dal provvedimento di primo grado.

In proposito va condivisa l'opinione di chi ha osservato che la riduzione dell'autoritatività anche in questo settore è da ricondurre alla riduzione del ruolo del provvedimento e dello stesso procedimento, come dimostra l'introduzione nel nostro ordinamento degli accordi, del silenzio assenso, della SCIA³.

Il potere di riesame ha subito forti limitazioni, per cui occorre comprendere fino a che punto abbia perso i suoi caratteri distintivi, come hanno affermato i primi commentatori della legge Madia⁴.

Certamente il motivo ispiratore di questa legislazione è quello di favorire e rafforzare l'esigenza di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici, con particolare attenzione agli operatori economici, la cui azione risulta condizionata da decisioni amministrative. Il tutto, quindi, sembrerebbe concepito

² Sulla legge n. 164, si veda il *Supplemento alla Rivista Giuridica dell'Edilizia* n. 6/2014, dal titolo: *Gli effetti del decreto legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014, sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*. In particolare, su revoca e annullamento si veda P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, *ivi*, 21 e ss.

³ F. FRANCIOSI, *op. cit.*, 9.

⁴ F. FRANCIOSI, *op. cit.*, 5, M. SINISI, *op. cit.*, 6.

in danno della legittimità dell'azione amministrativa, allo scopo di rilanciare l'economia e favorire gli investimenti.

I principi ai quali questa normativa sembra ispirarsi sono quello dell'affidamento e in misura minore il principio di proporzionalità, per la particolare rilevanza che assumono le posizioni favorevoli.

Ma, se si guarda alla configurazione del potere di riesame nella sua evoluzione storica, oltre al suo carattere fortemente autoritativo, si evidenzia che i due principali istituti, ossia l'annullamento e la revoca, da sempre sono stati profondamente condizionati dalla esigenza di considerazione anche delle posizioni favorevoli.

È vero che si tratta di poteri fortemente autoritativi, ma è altrettanto vero che sono istituti di origine giurisprudenziale, la cui disciplina è stata forgiata dal giudice. Questi istituti nascono nella prospettiva del giudice, al quale si rivolge il titolare della posizione favorevole sorta dal provvedimento annullato o revocato che ne rivendica il consolidamento. In altri termini, l'annullamento nasce già come istituto in cui devono trovare contemperamento l'interesse pubblico alla legalità e quelli privati alla conservazione dei benefici acquisiti dal provvedimento illegittimo.

La natura discrezionale del potere, l'obbligo di una motivazione congrua ed adeguata allo stato di consolidamento delle posizioni private, l'esistenza di un interesse pubblico all'annullamento diverso rispetto a quello al mero ripristino della legalità sono, dunque, le coordinate giurisprudenziali che condizionano, hanno sempre condizionato e limitato fin dall'inizio il potere, rispetto al quale l'interesse alla legalità non è mai stata al centro delle valutazioni: nel codice genetico dell'annullamento, l'interesse al ripristino della legalità violata è sempre stato secondario rispetto all'interesse pubblico all'annullamento ed alla dovuta considerazione delle posizioni favorevoli.

Sul fronte, parallelo, della revoca, l'affermazione di una nuova visione dell'interesse pubblico che determina il sacrificio di posizioni incolpevoli, legittimamente sorte dall'atto revocato, ha destato per molto tempo forti perplessità e resistenze anche nella stessa giurisprudenza. La stessa sussunzione di questi istituti, cioè annullamento e revoca, nel concetto di autotutela è sembrato un modo per renderli compatibili con lo stato di diritto pur non essendo previsti dalla legge. L'autotutela intesa come espressione di sovranità, di forza del potere pubblico, retaggio di un antico privilegio dell'amministrazione, come diritto potestativo di tornare sui propri atti unilateralmente ed autoritativamente, come potere esistente per antica tradizione, anche se al di fuori della legge. È sempre stato difficile giustificare l'inquadramento di questi poteri nell'autotutela. È risultato particolarmente arduo immaginare un potere che, pur avendo cittadinanza nello stato di diritto, perché riconosciuto, non era previsto dalla legge, ma nel contempo era paradossalmente finalizzato ad assicurare la legalità dell'azione

amministrativa. Sul versante della revoca era ancor più complicato accettare il sacrificio di situazioni sorte all'epoca da un atto legittimo, in passato senza neanche indennizzo. Risultava secondo alcuni più agevole giustificare l'esistenza di questi istituti con l'idea che fossero forme di riesercizio del potere, cioè espressione di un'amministrazione che riprende ad esercitare la funzione⁵.

2. *La codificazione dell'annullamento, della convalida e della revoca nella legge n. 15/2005*

La legge 15/2005, più di dieci anni fa, ha codificato gli istituti del riesame e li ha proceduralizzati, riconoscendo il carattere ampiamente discrezionale dell'annullamento, e a maggior ragione della revoca, trasformandoli, a mio parere, in ordinarie forme di gestione dell'interesse pubblico ormai normativizzate e tipizzate. L'interesse pubblico viene inteso come risultato del confronto di tutti gli interessi coinvolti, emarginando la tutela della mera legalità, del resto da sempre considerata secondaria. Questi mi sembrano gli aspetti più rilevanti degli artt. 21 *nonies* e 21 *quinquies*.

Sicché, la legge 15 del 2005 ha recepito nel diritto positivo principi dottrinari e giurisprudenziali, e li ha tramutati in procedimenti tipizzati. Attraverso gli articoli poc'anzi richiamati questi procedimenti divengono diritto positivo, per cui non è più necessario ricorrere all'autotutela per giustificarne l'esistenza. La trasposizione normativa dei principi tradizionali è risultata abbastanza fedele, senza particolari innovazioni, ad eccezione dell'introduzione del "termine ragionevole" e dell'indennizzo per la revoca. La disciplina normativa della revoca è talmente rispettosa della tradizione che addirittura nell'art. 21 *quinquies* è stata prevista la revoca pentimento che era l'istituto più discusso.

La vera novità della legge 15/2005, in tema di codificazione di questi istituti, consiste in ciò che le norme non dicono; ci si riferisce, in particolare, alla mancata previsione della retroattività degli effetti dell'annullamento e della convalida, che forse il legislatore ha considerato del tutto scontati, essendo tradizionalmente legati al concetto di annullamento. Sta di fatto che l'art. 21 *nonies* non parla di retroattività degli effetti, né a proposito dell'annullamento, né della convalida. Questa involontaria omissione giustifica l'interpretazione secondo cui nella discrezionalità dell'annullamento può rientrare anche la graduazione temporale degli effetti, introducendone una modulazione diversa rispetto a quella tradizionale, così da poter soddisfare ancor di più l'interesse pubblico e al contempo ridurre gli effetti lesivi della sfera giuridica del privato. In realtà, graduando gli effetti dell'annullamento, può essere anche più facile per l'amministrazione disporre l'annullamento, proprio perché non si trova di fronte un controinteresse altrettanto forte e rigido⁶.

⁵ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 206 e ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 206 e ss.

⁶ A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15/2005*, in *Nuove*

Questo principio ha iniziato a farsi strada anche in giurisprudenza. Va ricordata in proposito una sentenza del Consiglio di Stato del 2011 che addirittura parla di possibilità di graduazione degli effetti temporali dell'annullamento anche per le sentenze del giudice amministrativo⁷.

3. *Le ragioni della riforma ed i tanti problemi ancora aperti*

Negli anni che ci separano dalla legge n. 15/2005, sono intervenuti diversi cambiamenti: l'incalzare della crisi economica, l'influenza del diritto europeo, in particolare il principio di proporzionalità che non consente limitazioni della sfera privata che non siano assolutamente giustificate dall'interesse pubblico, la centralità assunta dalla iniziativa economica privata e il nuovo ruolo sociale dell'impresa come unica fonte di sviluppo economico della collettività in carenza di risorse pubbliche e nell'impossibilità di utilizzare quelle esistenti al fine di non incorrere nel divieto di aiuti di Stato, per non falsare la concorrenza.

Quelli appena ricordati sono i fattori che hanno indirizzato il cambiamento verso maggiore semplificazione dei procedimenti e liberalizzazione delle attività economiche. In questo clima si sono rafforzate le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche, di stabilità delle attività economiche e di coerenza, prevedibilità e non mutevolezza delle decisioni amministrative. Si tratta di tendenze e processi a cui abbiamo assistito negli ultimi anni.

Volendo sintetizzare tutto questo in un principio, si potrebbe giungere ad affermare che la tutela dell'affidamento è il valore cardine che si pone sull'altro piatto della bilancia rispetto all'obbligo dell'amministrazione di perseguire costantemente l'interesse pubblico, anche ritornando sui propri atti, che costituisce l'essenza stessa del potere di riesame, ancor più dell'interesse al ripristino della legalità.

Il passaggio successivo – e veniamo alla legge 164 ed alla legge 124 – è stato proprio quello di limitare l'esercizio del riesame a diciotto mesi per l'annullamento o escludendolo nelle ipotesi di *ius poenitendi*, di ripensamento nel caso di revoca. In entrambe le ipotesi – e qui vi è senz'altro una scelta coerente, in quanto le espressioni nelle due leggi sono uguali – vi è un riferimento a provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, ossia alle posizioni favorevoli sorte in capo al privato.

Autonomie, 2005, 303; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2005, 843 ss.; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, 2003, 38; M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado*, in F. G. SCOCA, (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2011, 329; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2013, 305.

⁷ Sezione VI, 10.5.2011, n. 2755. Su tale problema si veda R. DI PACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2012.

Alcuni fra i primi commentatori della legge Madia, hanno individuato nella previsione del termine di 18 mesi il venir meno dei caratteri della immanenza e dell'inesauribilità del potere della pubblica amministrazione di cura dell'interesse pubblico, caratteri da sempre costituenti il *proprium* della autotutela decisoria⁸.

Sul punto si può però osservare che l'inesauribilità era venuta meno già con la legge n. 15 e cioè fin dal momento in cui era stato previsto il termine "ragionevole"; sebbene termine non rigido e predeterminato, si trattava pur sempre di un limite all'inesauribilità. Anche l'immanenza è un concetto che non ha più ragion d'essere, ma risulta anch'esso già estinto con la codificazione di cui alla legge 15/2005 prima richiamata, che ha tipizzato quei poteri.

Nel corso del tempo si è assistito ad un processo di normalizzazione della funzione di riesame e di trasformazione di un potere straordinario e non codificato in un potere ordinario procedimentalizzato. Da rimedio volto ad assicurare la legalità i provvedimenti di secondo grado sono divenuti strumenti di cura dell'interesse pubblico, ma stiamo parlando ancora di una fase intermedia, rispetto all'attualità, nella traiettoria della parabola che si sta cercando di descrivere.

Dalla tutela della mera legalità, quale finalità perseguita con l'annullamento, si è passati alla cura dell'interesse pubblico, per giungere poi alla situazione attuale, in cui quest'ultimo e cioè l'interesse pubblico tende a coincidere con la stabilità delle situazioni favorevoli: la loro intangibilità diviene essa stessa strumento per soddisfare l'interesse generale, oggi ritenuto prevalente, allo sviluppo economico; si potrebbe dire che la stabilità è strumentale rispetto all'interesse pubblico allo sviluppo economico. Stabilità e certezza delle situazioni giuridiche sono a loro volta interesse pubblico primario e prevalente e la conseguente intangibilità di queste ultime è bene da perseguire.

In questa prospettiva va interpretato il parere del Consiglio di Stato del 30 marzo 2016 n. 839 sul decreto attuativo della legge n. 124 del 2015 in materia di SCIA, in cui si parla della introduzione di una "nuova regola generale" che ispira il rapporto tra potere pubblico e privati al valore della *certezza*; tale conclusione è senz'altro applicabile anche al riesame.

Nel confronto e nella composizione degli interessi in gioco bisogna allora riconoscere che il legislatore ha compiuto una scelta precisa, facendo prevalere in partenza l'interesse dell'impresa; nella comparazione operata dalla legge, fra gli interessi da perseguire, viene considerato prioritario l'interesse dell'impresa, senza più alcuna delega all'amministrazione e alla dinamica del procedimento per l'individuazione in concreto dell'interesse pubblico primario. Si dice spesso che la legge non è più in grado di individuare l'interesse pubblico e che la

⁸ F. FRANCIARIO, *op. cit.*, 9; M. SINISI, *op. cit.*, 6.

sua definizione e concretizzazione è rimessa all'amministrazione; in questo caso, invece vi è stata una scelta legislativa precisa a monte; non è rimessa all'amministrazione la valutazione della gerarchia degli interessi, avendovi già provveduto il legislatore.

Una volta trascorsi i diciotto mesi senza che all'amministrazione abbia disposto l'annullamento, le posizioni favorevoli sorte dall'atto illegittimo sono destinate a prevalere, per un'esigenza di certezza.

Quindi, vi è prevalenza del principio dell'affidamento, con intangibilità delle situazioni consolidate, ma solo in presenza di un privato che sia in buona fede ed a condizione che non si sia avvantaggiato con false dichiarazioni. Infatti, solo a queste condizioni può valere il limite dei diciotto mesi o la inconfigurabilità della revoca-ripensamento nei confronti di situazioni sorte da atti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. È bene sottolineare che le norme che tutelano l'affidamento si rivolgono ad un soggetto in buona fede, perché tale tutela viene meno, sia nell'una che nell'altra norma, quando ci si serva di false dichiarazioni, certificazioni da cui siano conseguiti vantaggi, sebbene sia necessaria una sentenza passata in giudicato. La medesima *ratio* si individua nell'art. 21 *sexies* che prevede sanzioni nell'ipotesi di dichiarazioni mendaci. A sua volta l'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/90 nella sua versione attuale esclude non solo la revoca-ripensamento, ma anche quella per fatti sopravvenuti, allorchè essi fossero prevedibili. Esistono pertanto, una serie di limiti, legati alla buona fede di chi può avvantaggiarsi del provvedimento di riesame.

In conclusione vanno richiamati i tanti problemi esistenti, essendo numerose le questioni aperte derivanti da queste norme.

Il limite dei diciotto mesi si applica anche a situazioni diverse da autorizzazioni o attribuzione di vantaggi economici, ma pur sempre favorevoli per i privati? La risposta dovrebbe essere positiva. Come si farebbe a giustificare un potere esercitato oltre il termine in caso di situazioni favorevoli sorte dal provvedimento da annullare? La ragionevolezza ed il buon senso inducono a concludere che l'espressione usata dal legislatore vada interpretata in senso estensivo, per cui al di là dei vantaggi economici, in ogni provvedimento, ad effetti favorevoli, anche diverso dall'autorizzazione e dall'atto attributivo di vantaggi economici, è possibile considerare efficace il limite dei diciotto mesi. Vero è semmai il contrario: è altrettanto chiaro che il potere è esercitabile nell'ipotesi in cui non si sia di fronte ad una situazione favorevole, ma sfavorevole, cioè quando si intende annullare un provvedimento che ha prodotto effetti lesivi per il privato.

C'è, poi, l'antico problema dell'annullamento comunitario da considerarsi doveroso. Molto eufemisticamente, e anche ipocritamente, la Corte di Giustizia riconosce che va rispettata l'autonomia procedurale di ogni Stato, ma è noto che soprattutto nel settore degli aiuti comunitari la discrezionalità del

nostro annullamento d'ufficio configge con gli obblighi derivanti dalla appartenenza all'Unione Europea e dal primato del suo diritto⁹.

L'introduzione del termine rigido di diciotto mesi per l'annullamento certamente rende il conflitto tra ordinamenti ancor più grave.

In dottrina si è posto anche il problema della compatibilità dell'annullamento regionale dei permessi di costruire, che può essere esercitato nei dieci anni ed il limite dei diciotto mesi: in proposito dovrebbe ritenersi prevalente la norma speciale, di cui all'art. 39 del T.U. dell'Edilizia¹⁰.

Analogo problema si pone per la compatibilità del limite temporale dei diciotto mesi, con l'annullamento governativo, che com'è noto può essere esercitato in ogni tempo. Il carattere straordinario del potere riconosciuto al Governo dall'art. 138 del T.U.EE.LL. a tutela dell'unità dell'ordinamento fa senz'altro concludere per la prevalenza di tali disposizione¹¹.

Infine, non può essere ignorato il tema della esistenza o meno dell'obbligo di provvedere sull'istanza di riesame. Nella legge 164 che ha modificato a sua volta l'art. 21 *nonies*, un breve passaggio – tale è la tecnica legislativa, si tratta di spezzoni, ritagli di norme che si incollano – lascia perplessi: “*rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*”. Se c'è una istanza di riesame, il dirigente non ha l'obbligo di provvedere, ma nello stesso tempo è responsabile dell'adozione del provvedimento – come lo era già da prima – nonché del suo mancato annullamento. Al riguardo, Portaluri ha parlato di “*doverosità obliqua dell'intervento in autotutela*”¹²; è una norma strisciante e ipocrita: esiste un obbligo di provvedere perché diversamente si è responsabili, ma nello stesso tempo non esiste secondo giurisprudenza consolidata¹³, nonostante l'art. 2

⁹ In dottrina: M. INTERLANDI, *Annullamento d'ufficio e aiuti di Stato illegittimi: la difficile convergenza tra effettività comunitaria e autonomia dei sistemi normativi nazionali*, in *Nuove Autonomie*, 4-6/2005, 823 e ss.; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 425; M. SINISI, *La “doverosità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, in *FA-TAR*, 2007, 10.

Sul rapporto tra legge Madia e “doverosità” dell'annullamento comunitario, cfr. inoltre, M. SINISI, *La nuova azione amministrativa*, cit., 8; M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 13; M. LIPARI, *op. cit.*, 17.

¹⁰ Dubbi sulla compatibilità tra le due norme e perplessità in ordine alla mancata abrogazione dell'art. 39 sono espressi da M. A. SANDULLI, *op.cit.*, 10.

¹¹ In proposito si condividono pienamente le conclusioni di M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 10.

¹² P.L. PORTALURI, *op. cit.*, 34.

¹³ Cons. Stato, V, n. 4054/2002; VI, 1427/2007; di recente, V, 22.1.2015 n. 273. Per un'attenta ricostruzione della dottrina: M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in *Dir. dir. pubbl.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 5210.

Di recente, alla luce delle modifiche normative richiamate nel testo, cfr. le condivisibili argomentazioni di S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, 2016 nonché in questo volume. Cfr. anche N. POSTERARO, *Sussiste un dovere di provvedere, a fronte delle istanze di riesame? Critiche agli orientamenti giurisprudenziali recenti*, contributo reperibile sul sito AIPDA fra gli atti del Convegno tenutosi a Campobasso l'8 aprile 2016.

della legge 241, come integrato della legge 190/2012, stabilisca che l'amministrazione ha l'obbligo di pronunciarsi anche sulle istanze considerate improponibili, inammissibili e palesemente infondate. Ma se è richiesta una pronuncia su quelle palesemente inammissibili e improcedibili, è allora lecito domandarsi perché non ci si dovrebbe esprimere sulle istanze di riesame.

Potrebbe configurarsi oggi un obbligo di procedere, al fine di evitare che l'amministrazione prima ed il funzionario poi siano tenuti a risarcire i danni prodotti dalla loro inerzia. Qualche timido segnale comincia a comparire in quella giurisprudenza che riconosce l'obbligo di procedere quando non è ancora spirato il termine per impugnare l'atto di cui si chiede l'annullamento, poiché in questo caso la domanda del privato non costituirebbe un modo per aggirare gli effetti della inoppugnabilità¹⁴.

La dottrina recente richiama analogie con l'ordinamento finanziario, nel quale si riconosce la doverosità dell'annullamento in caso di errore su istanza del contribuente, per non incorrere nell'arbitrio¹⁵, oppure, sottolinea che nella normativa in esame il legislatore sembra ispirato dall'esigenza di scongiurare la responsabilità dell'amministrazione ponendo riparo agli errori commessi nella precedente manifestazione autoritativa: la doverosità del riesame avrebbe dunque una funzione riparatoria e non più ripristinatoria¹⁶.

È lecito attendersi ora una risposta innovativa del giudice amministrativo.

Abstract

The review of administrative action, after the Law 124/2015

by Alfredo Contieri

Following the recent Law n. 124/2015, the Italian public authorities may annul, only within eighteen months, the unlawful administrative measures that enable private activities or give economic advantages. This time limit sacrifices the rule of law and in general the public interest but strengthens the Community principle of trust and of legal certainty also in order to encourage foreign investments in Italy.

¹⁴ Cons. Stato, V, 10.10.2016.

¹⁵ P. L. PORTALURI, *op. cit.* 34 e 35.

¹⁶ S. TUCCILLO, *op. cit.*, 14.

La nuova disciplina degli acquisti centralizzati ad oggetto “informatico”, introdotta dalla legge di stabilità per il 2016: dalla ricognizione dei problemi ad un primo inquadramento sistematico^{1*}

di Alberto Zito

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sulla nuova disciplina degli acquisti ad “oggetto informatico”. – 2. L’ambito soggettivo di applicazione della nuova disciplina: profili problematici. – 3. La deroga all’obbligo di acquisti centralizzato: incoerenze normative ed ipotesi di soluzione. – 4. Dal policentrismo al sistema centralizzato degli acquisti: alla ricerca dell’unità possibile.

1. *Considerazioni introduttive sulla nuova disciplina degli acquisti ad “oggetto informatico”*

Il 2016 è stato, normativamente parlando, un anno rilevante per la materia degli appalti e contratti pubblici. L’emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici, avvenuta con il d.lgs. n. 50/2016, è stata certamente la novità più rilevante, ma non l’unica. Il 2016, infatti, si è aperto con l’introduzione di una disciplina speciale, contenuta nella legge di stabilità per il 2016 (legge n. 208/2015), relativa alle acquisizioni di beni e servizi informatici e di connettività da parte del settore pubblico. E, se è vero che l’approvazione di tale legge data agli ultimi giorni del 2015, è altrettanto vero che essa è entrata in vigore a partire dal 1 gennaio 2016.

La disciplina speciale, contenuta nell’art. 1, commi 512 e ss., della legge di stabilità per il 2016, è di particolare interesse (e merita dunque attenzione) perlomeno per tre ordini di ragioni.

In primo luogo essa regola gli acquisti del comparto pubblico in un settore strategico, qual è quello dell’*Information and Communication Technology* (d’ora in avanti ICT). E non occorre spendere molte parole per comprendere come la corretta gestione delle acquisizioni abbia un’immediata e diretta rilevanza sia sull’efficienza del settore pubblico in termini di servizi resi alle persone e alle imprese sia indirettamente in termini di sviluppo civile, sociale ed economico del Paese per usare un sintagma caro alla nostra Costituzione, che è contenuto in uno dei suoi articoli più rilevanti (ossia l’art. 3, comma 2).

In secondo luogo la normativa in questione introduce una regolamentazione basata sulla centralizzazione degli acquisti, che presuppone la messa in opera di un’efficace politica di pianificazione e programmazione del fabbisogno (ambedue i termini, come si dirà, sono usati dal legislatore). Dunque la disciplina

^{1*} Il presente saggio è destinato alla pubblicazione negli scritti in onore del Prof. Ernesto Sticchi Damiani.

introdotta dall'art. 1, comma 512, e ss. della legge di stabilità per il 2016, rilancia un tema, che non è stato troppo al centro della riflessione scientifica negli ultimi trent'anni.

Infine, da ultimo ma non per ultimo, si deve pure considerare come il settore pubblico dell'ICT sia presidiato, soprattutto a livello delle autonomie regionali e locali, da società in *house*. Ebbene di recente è intervenuto il nuovo T.U. sulle società pubbliche (d.lgs. n. 175/2016), che certamente si applica anche alle società in *house* e che anzi contiene specifiche disposizioni nei confronti delle medesime. Le novità ivi contenute sono rilevanti dunque anche rispetto alla normativa disegnata per il settore ICT.

Esistono allora molte e molto valide ragioni per avviare un primo tentativo di ricostruzione sistematica della disciplina introdotta nell'art. 1, commi 512 e ss., della legge di stabilità per il 2016. Stante, infatti, il ruolo strategico che, per le ragioni prima dette, il settore pubblico dell'ICT riveste, la "certezza" del diritto costituisce un "bene" prezioso per il corretto funzionamento del sistema informatico pubblico. Come si vedrà dalle considerazioni che seguono, il legislatore stenta ancora a realizzare un tale obiettivo, sebbene la chiarezza delle disposizioni normative venga nel dibattito pubblico additata come un valore da perseguire al fine di innestare sia processi di modernizzazione del settore pubblico sia duraturi processi di sviluppo economico.

2. *L'ambito soggettivo di applicazione della nuova disciplina: profili problematici*

I commi da 512 a 521 dell'art. 1 della legge di stabilità per il 2016 delineano un nuovo sistema degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività, basato sulla centralizzazione degli acquisti stessi in vista del raggiungimento di una riduzione della spesa alla fine del triennio 2016-2018. Il sistema delineato ha bisogno, per essere operativo, di una serie di adempimenti, che necessariamente richiederanno un arco temporale non brevissimo e che ad oggi non sono ancora stati realizzati. Ciò non fa però venire meno l'utilità di un'indagine che miri a sistematizzare la predetta disciplina in sé considerata e nelle sue inevitabili connessioni con altre discipline.

La normativa introdotta esordisce indicando una ben precisa finalità e lo strumento ritenuto idoneo a realizzarla. L'obiettivo da raggiungere si ricava dal combinato disposto dell'art. 1, commi 512 e 514, ed è quello di garantire l'ottimizzazione e la razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività (comma 512), così da realizzare un risparmio di spesa annuale, da raggiungere alla fine del triennio 2016-2018, pari al 50 per cento della spesa annuale media per la gestione corrente del solo settore informatico relativa al triennio 2013-2015, al netto dei canoni per servizi di connettività e della spesa effettuata tramite CON-

SIP o tramite i soggetti aggregatori, documentata nel Piano triennale di cui all'art. 1, comma 513, nonché tramite le società di cui all'art. 83, comma 12, del d.l. n. 112/2008. Il successivo comma 514 peraltro esclude dal predetto obiettivo di risparmio una serie di altri soggetti.

Lo strumento prescelto è quello di centralizzare gli acquisti dei beni e dei servizi informatici e di connettività in capo alla CONSIP o ai soggetti aggregatori, di cui all'art. 9 del d.l. n. 66/2014.

Il sistema dunque nelle sue linee generali è chiaro. Ciò non significa che il quadro normativo sia privo di problematiche. Appena, infatti, si passa ad analizzare le norme, emergono questioni che hanno un impatto rilevante non soltanto a livello di ricostruzione sistematica, ma anche sul piano pratico, prima fra tutte la definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina introdotta.

Al riguardo l'art. 1, comma 512, stabilisce che sono obbligate a provvedere ai propri approvvigionamenti, tramite la CONSIP o gli altri soggetti aggregatori, le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuato dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1 della Legge n. 196/2009.

In proposito il primo problema, che si para di fronte all'interprete, è capire se la normativa si applichi unicamente alle società pubbliche, operanti nel settore ICT, che sono inserite nell'elenco Istat oppure anche alle altre. In proposito, se si sta al tenore letterale della norma, parrebbe che solo le prime siano assoggettate alla nuova normativa. Tuttavia, ove si tenga in debito conto il dato di realtà prima ricordato, ossia che la gestione del servizio informatico è affidato in prevalenza a società in *house*, una conclusione, che circoscriva l'ambito di applicazione della normativa unicamente a quelle inserite nell'elenco ISTAT, suscita molte perplessità. A tale conclusione sembra, infatti, ostare la sempre più marcata connotazione pubblicistica che dette società, al di là del formale inserimento nel predetto elenco, hanno progressivamente assunto sia per effetto degli interventi del legislatore sia per effetto del parallelo percorso seguito dalla giurisprudenza del giudice contabile.

Peraltro il processo di pubblicizzazione di tale società ha trovato conferma anche nel recente T.U. in materia di società pubbliche ed in particolare nelle disposizioni in esso contenute che disciplinano le società a controllo pubblico. Tali disposizioni, sebbene dettate per la classe delle società a controllo pubblico, si applicano anche alle società in *house*, atteso che queste ultime rientrano certamente nella predetta classe. E così, a titolo d'esempio, è sufficiente ricordare come l'art. 12, comma 1, assoggetti gli organi di amministrazione e controllo alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali salva in ogni caso la giurisdizione della Corte dei Conti. La responsabilità erariale peraltro si estende (comma 2) anche ai rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque titolari del potere di decidere per essi che con dolo o colpa grave abbiano pregiudicato il valore della partecipazione.

In presenza dunque della ricordata tendenza legislativa, riesce difficile sostenere che ci si debba arrestare, per quanto riguarda l'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina introdotta con l'art. 1, commi 512 e ss., della legge di stabilità per il 2016, ad un'interpretazione letterale. Ove si guardi alla finalità perseguita dalla ricordata normativa, ossia l'ottimizzazione e la razionalizzazione degli acquisti nonché il risparmio di spesa per gli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività, si deve concludere nel senso che quantomeno tutte le società in *house* che operano nel settore ICT siano assoggettate alla nuova disciplina, in ragione della caratterizzazione marcatamente pubblicistica che esse hanno assunto.

A conferma di ciò si deve ricordare anche la circostanza che sempre il comma 512 stabilisce che le Regioni sono autorizzate ad assumere personale strettamente necessario ad assicurare la piena funzionalità dei soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d.l. n. 66/2014, in deroga ai vincoli assunzionali previsti dalla normativa. Evidente è dunque la volontà del legislatore di potenziare il ruolo dei soggetti aggregatori che altro non sono che centrali di committenza. Ebbene questo potenziamento non avrebbe ragione d'essere se non si mirasse a concentrare tutti gli acquisti ad "oggetto informatico" del settore pubblico siano essi effettuati direttamente dalle pubbliche amministrazioni siano essi effettuati dalle società in *house* ossia da un braccio operativo o, come anche si dice, da una *longa manus* delle amministrazioni stesse.

In definitiva la lettera della legge dice meno di quanto prescrive: l'inserimento di una società in *house*, operante nel settore ICT, nell'elenco ISTAT è dunque da considerare ininfluente rispetto all'obbligo di effettuare le acquisizioni di beni e servizi informatici e di connettività tramite centrali di committenza.

Ciò detto, rimane ancora un problema: capire se una società pubblica non in *house*, ma sottoposta a controllo pubblico, sia da ritenere comunque assoggettata alla nuova disciplina al pari di qualunque società in *house*, inserita o meno che sia nell'elenco ISTAT.

La questione non è per nulla semplice. Se è vero che la classe delle società in *house* rientra nella classe delle società a controllo pubblico, quest'ultima è invero più ampia, come confermato dalla definizione che di tale classe fornisce il nuovo T.U. sulle società pubbliche. Le società a controllo pubblico sono infatti quelle (cfr. art. 2 del T.U.) in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b) del predetto articolo 2. La lettera b) recita che per controllo pubblico si intende la situazione descritta nell'art. 2359 del codice civile, nonché ha cura di precisare che il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

Come accennato la questione non è semplice. Un ulteriore ampliamento

del campo di applicazione della nuova disciplina anche alle società a controllo pubblico, diverse dalle società in *house*, determinerebbe una significativa (e proprio per ciò problematica) incisione dell'autonomia imprenditoriale in presenza peraltro di una compagine azionaria fatta anche di soci privati.

Peraltro non è forse rilevante tentare di sciogliere a livello sistematico l'incertezza che si registra sul punto. Ove il processo interpretativo venga ancorato ai dati e alle evidenze reali su cui la normativa da interpretare va ad incidere, il problema probabilmente si stempera perché, come già detto, il settore pubblico dell'ICT è presidiato prevalentemente da società in *house*. Tuttavia non si può fare a meno di segnalare come l'intervento legislativo non aiuti a fornire quella certezza del diritto che costituisce nel settore in questione un bene “prezioso” da tutelare.

3. *La deroga all'obbligo di acquisti centralizzato: incoerenze normative ed ipotesi di soluzione*

L'obbligo di acquisto centralizzato di beni e servizi informatici e di connettività attraverso il ricorso a CONSIP o ad altro soggetto aggregatore, può essere derogato, ma solo in presenza dei presupposti indicati nell'art. 1, comma 516, della legge di stabilità per il 2016. Quest'ultimo comma stabilisce che le amministrazioni e le società, di cui al comma 512, possono procedere ad approvvigionamenti, al di fuori delle modalità di cui ai commi 512 e 514, esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, qualora il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione ovvero in casi di necessità ed urgenza funzionali ad assicurare la continuità della gestione amministrativa. Gli approvvigionamenti effettuati al di fuori delle modalità, per così dire ordinarie, sono comunicati all'ANAC e all'AGID.

Tre sono dunque i presupposti per il ricorso alla deroga: *i)* la mancanza o l'inidoneità del prodotto disponibile attraverso il ricorso alle convenzioni CONSIP o a quelle di altro soggetto aggregatore; *ii)* ovvero la necessità ed urgenza di acquisirlo; *iii)* l'autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo.

La norma, al di là della sua (solo apparente) chiarezza, è densa di problemi con riferimento agli ultimi due punti indicati. In merito al punto *ii)*, è evidente come la necessità ed urgenza di acquisire il bene o il servizio sia ipotesi destinata a trovare necessariamente uno spazio assai limitato di applicazione. Se, infatti, il prodotto è disponibile nel “catalogo” CONSIP o di altro soggetto aggregatore, riesce difficile ipotizzare che anche il ricorso alla procedure negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara possa essere una modalità più veloce di individuazione del contraente rispetto a quella di stipulare il contratto con l'ope-

ratore economico, che si è aggiudicato la gara centralizzata. L'unico spazio allora che si riesce ad intravedere per l'operare della deroga, nell'ipotesi di necessità ed urgenza funzionali ad assicurare la continuità della gestione amministrativa, concerne il caso in cui la consegna del bene o del servizio, quale prevista nelle convenzioni CONSIP o di altro soggetto aggregatore, risulti incompatibile con le esigenze di acquisizione nel più breve tempo possibile e nel contempo si dimostri che tale esigenza possa essere soddisfatta unicamente ricorrendo alla scelta "in proprio" del contraente. Si tratta però, come già detto, di un'ipotesi veramente residuale, che conferma come il ricorso alla deroga sia di stretta interpretazione e debba essere assistito da una congrua ed esaustiva motivazione circa la sussistenza in concreto dei presupposti previsti dall'art. 1, comma 516, anche in ragione della comunicazione che di tali approvvigionamenti va fatta sia all' Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) sia ad ANAC.

Con riguardo al punto *iii*), ossia all'autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, il legislatore ha, nel disciplinare la fattispecie, guardato unicamente al disegno organizzativo delle pubbliche amministrazioni in senso stretto. In tali soggetti, infatti, vi è effettivamente in linea generale la distinzione tra organo di indirizzo, che è anche organo di vertice, ed organo di gestione (ossia il dirigente), cui spetta la stipula del contratto. Dunque la circostanza che si rimetta all'organo di vertice il rilascio dell'autorizzazione agli acquisti in deroga risulta coerente con il fatto che l'organo di vertice non adotta di regola atti di gestione.

Nel caso però di una società in *house*, l'organo di vertice, ossia il Consiglio di Amministrazione o l'Amministratore Unico, è nel contempo organo di indirizzo e organo di gestione. Dunque non è dato comprendere, nel caso di specie, chi debba rilasciare l'autorizzazione, dal momento che, in assenza della distinzione tra organo di vertice con funzioni di indirizzo e organo di gestione, i richiamati organi autorizzerebbero se stessi.

Il problema segnalato può forse stemperarsi nell'ipotesi in cui, in presenza di una *governance* societaria basata sul Consiglio d'Amministrazione vi sia la figura dell'Amministratore Delegato, che abbia, tra le altre, anche la delega a gestire le procedure di acquisto e a stipulare i relativi contratti. In tale caso l'autorizzazione potrebbe essere data dal Consiglio d'Amministrazione senza la partecipazione al processo decisionale da parte dell'Amministratore Delegato. Tuttavia il problema non può essere per questa via totalmente eliminato alla radice. Ed infatti, anche in presenza della figura dell'Amministratore Delegato, che abbia la predetta delega, vi è normalmente un limite all'impegno di spesa che tale soggetto può assumere. Quando dunque il contratto ecceda dal punto di vista del corrispettivo la delega dell'Amministratore Delegato, il problema si ripropone. Ed ancora, nel caso in cui il Consiglio d'Amministrazione sia composto da tre membri, non sarebbe possibile escludere l'Amministratore Delegato dal processo decisionale, dal momento che mancherebbe il *quorum* strutturale.

Peraltro, nel caso di società in *house* gestita da un Amministratore Unico, non è percorribile neanche la strada indicata. La difficoltà da ultimo indicata è destinata inoltre a diventare, per così dire, “sistemica”. L’art. 11, comma 2, del nuovo T.U. sulle società pubbliche (successivo alla legge di stabilità) prevede infatti che l’organo amministrativo delle società sia costituito di norma da un amministratore unico. L’inciso “*di norma*” si giustifica per il fatto che è prevista una deroga al successivo comma 3. Quest’ultimo stabilisce che “*con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell’economia e finanze, di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, adottato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono definiti i criteri in base ai quali, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, l’assemblea della società a controllo pubblico può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile. In caso di adozione del sistema dualistico, al consiglio di sorveglianza sono attribuiti i poteri di cui all’articolo 2409-terdecies, primo comma, lettera f-bis), del codice civile. Nel caso in cui sia adottato uno dei sistemi alternativi, il numero complessivo dei componenti degli organi di amministrazione e controllo non può essere superiore a cinque*”.

Il T.U. instaura dunque un rapporto basato sul binomio regola generale-deroga. Il quadro che sembra emergere è dunque il seguente: le società a controllo pubblico (e dunque anche le società in *house*) debbono avere un Amministratore Unico, salvo che, sulla base dei criteri stabiliti nel ricordato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sia possibile mantenere la struttura collegiale.

In presenza di tale dato normativo e del dato di realtà più volte ricordato, ossia che il settore pubblico dell’ICT è presidiato a livello di autonomie regionali e locali soprattutto da società in *house*, non è difficile vedere come la disciplina introdotta con la legge di stabilità per il 2016, seppure persegua una finalità apprezzabile, generi incertezze sul terreno interpretativo ed applicativo non di poco conto, destinate ad acuirsi per effetto degli ulteriori interventi legislativi (ossia l’adozione del T.U. sulle società pubbliche). Incertezze che non sarebbe stato difficile evitare attraverso una più accorta conoscenza della realtà che si va a disciplinare, nonché attraverso un più lungimirante e non certo impossibile coordinamento tra disposizioni diverse che però presentano profili di evidente connessione. Per essere più chiari il legislatore avrebbe potuto con il T.U. modificare la disciplina della legge di stabilità per il 2016 chiarendo a chi spetti nel caso di società pubbliche, e segnatamente di società in *house*, la competenza a rilasciare l’autorizzazione di cui si è discusso.

In ogni caso il materiale che ci consegna il legislatore è questo ed è su di esso che l’interprete deve lavorare.

Ed allora l’unica strada percorribile per mettere ordine è la seguente. Demandare l’autorizzazione (avente ad oggetto l’acquisto in “proprio” del bene o servizio

“informatico”) all'azionista attraverso l'inserzione espressa di tale potere negli statuti societari, con l'accortezza di accompagnare la previsione con un termine breve per il rilascio o il diniego dell'autorizzazione stessa e con un meccanismo di silenzio assenso nell'ipotesi di inutile decorso del termine. Non si deve, infatti, dimenticare che uno dei casi in cui è richiesta l'autorizzazione riguarda quello della necessità e urgenza di acquisire il bene o il servizio al fine di assicurare la continuità della gestione amministrativa, il che rende incompatibile un tempo eccessivamente lungo per il rilascio dell'autorizzazione stessa.

È pur vero che, anche con questi accorgimenti, l'attribuzione della funzione autorizzatoria all'azionista è una strada impervia. La velocità di procedere, soprattutto nel caso di necessità ed urgenza, è difficilmente conciliabile con i tempi decisionali dell'azionista, a loro volta condizionati dalla struttura monocratica o collegiale dell'organo che deve decidere e dai procedimenti previsti dalla legge o dal disegno organizzativo dell'ente pubblico. Tanto per fare un esempio, in caso di organo collegiale, tra la convocazione dell'organo (comunicazione dell'ordine del giorno) e la riunione deve intercorrere un tempo non comprimibile, il cui mancato rispetto incide sulla legittimità dell'atto adottato. Ma, a meno di non ipotizzare una correzione della norma, non è dato intravedere un'altra soluzione.

Insomma alla semplicità di quanto sembra disporre l'art. 1, comma 516, corrisponde un quadro, dal punto di vista dell'interpretazione e dell'applicazione della norma, assai problematico, che certamente determinerà dubbi ed incertezze, anche in considerazione del fatto che il successivo comma 517 stabilisce che la mancata osservanza delle disposizioni dei commi da 512 a 516 rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale.

4. *Dal policentrismo al sistema centralizzato degli acquisti: alla ricerca dell'unità possibile*

Come detto, la disciplina, contenuta nell'art. 1, commi 512 e ss. della legge di stabilità per il 2016, ha introdotto un sistema centralizzato di acquisti di beni e servizi informatici e di connettività.

L'elemento qualificante del sistema è dato dalla presenza di un livello di *policy* nazionale, il cui atto più rilevante è costituito dal Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, predisposto da AGID e approvato dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro delegato (comma 513). La norma stabilisce che il Piano deve contenere, per ciascuna amministrazione o categoria di amministrazioni, l'elenco dei beni e servizi informatici e di connettività e dei relativi costi, suddivisi in spese da sostenere per innovazione e spese per gestione corrente, nonché deve contenere l'individuazione dei beni e dei servizi, la cui acquisizione riveste particolare importanza strategica.

Ciò che colpisce nella formulazione della norma è l'utilizzo del termine Piano che, dal punto di vista teorico-dogmatico, connota un atto giuridico che presenta due caratteristiche: a) contiene previsioni dettagliate; b) le suddette previsioni sono vincolanti e dunque debbono essere puntualmente eseguite.

Se si ha presente questo, e se si considera che, dal punto di vista della sostanza, il Piano deve contenere l'elenco dei beni e dei servizi di connettività e dei relativi costi, ne discendono quantomeno due conseguenze: *i)* i servizi ed i beni presenti nel Piano debbono essere acquisiti attraverso il ricorso a CONSIP o agli altri soggetti aggregatori; *ii)* i costi indicati con riferimento a ciascuna tipologia di beni e servizi debbono costituire il valore massimo, che può essere posto a base d'asta delle gare, che CONSIP e gli altri soggetti aggregatori andranno a bandire, atteso che la normativa prevede un risparmio di spesa pari al 50% nel triennio. Anzi, a ben vedere, il valore da porre a base d'asta dovrebbe essere minore se si vuole realizzare il suddetto risparmio.

Prima di procedere oltre nell'analisi, qualche ulteriore precisazione si rende opportuna con riferimento al contenuto del Piano. Quest'ultimo, infatti, ancorché l'art. 1, comma 513, non lo dica espressamente, deve necessariamente contenere per ogni categoria di beni e servizi la quantità che si presume verrà domandata dal sistema pubblico nel suo complesso. Ciò si ricava, infatti, dal disposto di cui all'art. 1, comma 514, che prevede che CONSIP e gli altri soggetti aggregatori programmino gli acquisti in coerenza con la domanda aggregata presente nel Piano. Dunque è indubbio che il Piano debba contenere indicazioni su tale domanda e che ciò presupponga un'intensa attività di cooperazione tra i vari attori del sistema.

Il punto è particolarmente rilevante perché la mancata indicazione del fabbisogno o una sua approssimativa definizione potrebbero determinare disfunzioni nell'operatività del sistema di acquisti centralizzato delineato dal legislatore, con conseguente possibilità di essere esposti ad ipotesi di danno erariale. Per fare un esempio: se il fabbisogno di un certo bene o servizio non viene dal competente soggetto (ente pubblico o società pubblica che sia) indicato correttamente, può accadere che la gara venga bandita da CONSIP o dal soggetto aggregatore per un quantità insufficiente a coprire il fabbisogno. Ciò oltre a determinare una potenziale falla nella capacità del sistema di soddisfare la domanda pubblica, potrebbe anche determinare un'alterazione del prezzo di aggiudicazione, la cui determinazione è, come ci dicono gli economisti, una variabile inversamente proporzionale alla quantità domandata: maggiore è quest'ultima minore dovrebbe essere il prezzo.

Peraltro il punto forse più delicato della nuova *policy* definita dal legislatore riguarda il passaggio dalla pianificazione alla fase esecutiva e dunque la

concreta messa a disposizione dei beni e dei servizi informatici e di connettività presenti nel Piano. L'art. 1, comma 514, stabilisce che la CONSIP o il soggetto aggregatore interessato programmano gli acquisti di beni e servizi indicati nel Piano in coerenza con la domanda aggregata di cui al Piano stesso.

La norma è densa di problematiche. La prima questione da esaminare può essere formulata con la seguente domanda: sulla base di quale regola si ripartisce la programmazione e dunque si individua "chi deve fare che cosa" in concreto?

Il dato di diritto positivo da cui muovere per rispondere alla domanda è costituito dal fatto che oggi esistono una pluralità di soggetti aggregatori: da una parte la CONSIP; dall'altra quei soggetti iscritti nell'elenco tenuto dall'ANAC, che hanno natura giuridica diversa, ma che sono il più delle volte (anche se non sempre) accomunati dal fatto di essere o uffici regionali o enti e società di diretta emanazione delle Regioni ovvero Città Metropolitane ovvero ancora enti a dimensionale provinciale.

Ebbene, in presenza di una pluralità di centrali di committenza o, se si preferisce, di soggetti aggregatori, i modelli operativi in astratto ipotizzabili sono di due tipi: *i)* un modello basato sulla competenza territoriale, nel quale ciascuna centrale di committenza o soggetto aggregatore serve gli enti esponenziali del territorio; *ii)* un modello basato sulla competenza funzionale nel senso che ciascuna centrale di committenza o soggetto aggregatore si specializza rispetto ad una tipologia di beni e servizi informatici e serve tutti i soggetti che hanno bisogno di tale tipologia di beni e servizi.

Il primo modello comporta fisiologicamente che vi saranno più gare, ciascuna delle quali potrebbe essere aggiudicata ad un prezzo diverso. La conseguenza è che, ciò che si pagherà x in una determinata Regione, si pagherà x più o meno y in un'altra Regione o a livello nazionale. Il secondo modello comporta invece che non vi possono essere più gare, ciascuna con un diverso prezzo di aggiudicazione, bensì una sola gara per ciascuna tipologia di bene o servizio.

Ebbene è difficile dire quale sia il modello che si ricava dalla disciplina appena introdotta. L'art. 1, comma 514 stabilisce, infatti, che CONSIP e gli altri soggetti aggregatori promuovono l'aggregazione della domanda funzionale degli strumenti messi a disposizione delle pubbliche amministrazioni su base nazionale, regionale o comune a più amministrazioni.

La disposizione testé richiamata, che sembra essere l'unica che si preoccupa del problema di coordinare l'attività della CONSIP con quella degli altri soggetti aggregatori, non è un esempio di chiarezza. In primo luogo in essa si parla di aggregazione della domanda funzionale all'utilizzo degli strumenti messi a disposizione delle pubbliche amministrazioni. E subito sorge un dubbio: quando si parla di strumenti ci si riferisce alle convenzioni quadro che risultano dalle gare bandite aventi ad oggetti le tipologie di beni e servizi informatici? Non è affatto

chiaro se sia così, anche se per *default* è preferibile ritenere che ad altro gli strumenti non si possano ragionevolmente riferire.

Una volta detto ciò, dalla norma sembra emergere come l'aggregazione della domanda debba avvenire su base nazionale, regionale o comune a più amministrazioni. Ne dovrebbe discendere che la scelta è andata a favore di un modello basato non sulla specializzazione delle centrali di committenza, bensì sulla competenza territoriale ossia nel senso, prima detto, che ciascuna centrale di committenza serve gli enti che operano nel territorio di competenza.

L'applicazione del modello dunque determinerà la possibilità che per lo stesso bene o lo stesso servizio siano bandite più gare, che potrebbero concludersi con un diverso prezzo di aggiudicazione, e che i soggetti pubblici competenti saranno vincolate ad aderire alle convenzioni stipulate dal soggetto aggregatore competente per territorio.

Se il quadro tracciato è corretto, il sistema delineato dal legislatore desta qualche perplessità. La più rilevante può essere così sintetizzata: l'obiettivo dichiarato dalla legge (art. 1, comma 512) è quello di ottimizzare e razionalizzare gli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività; al fine di raggiungerlo si delinea però un modello in cui vi saranno una pluralità di gare aventi lo stesso oggetto e che potranno essere, per di più, aggiudicate ad un prezzo diverso. Probabilmente però ad altro non si poteva giungere senza incorrere in dubbi di legittimità costituzionale, derivanti dall'attuale riparto di competenze legislative ed amministrative delineato dal titolo V della Costituzione.

Naturalmente nulla vieta che si possa giungere ad un modello basato, come detto prima, sulla competenza funzionale, nel quale ciascuna centrale di committenza o soggetto aggregatore si specializza rispetto ad una tipologia di beni e servizi informatici e serve tutti i soggetti che hanno bisogno di tale tipologia. Ma a ciò si potrà arrivare per libera scelta degli attori interessati e non per imposizione legislativa.

Abstract

The new rules governing purchasing by public administrations of IT services

by Alberto Zito

Law 208 of 28 december 2015 introduced new rules governing purchases of IT services. On the basis of said rules public administrations and their companies are obliged to purchase said services using public central purchasing bodies. The article examines new rules in order to enable correct application by public bodies.

La contratación pública social y verde en Italia^{1*}

di Nicola Gullo

SOMMARIO: 1. Los contratos públicos y la tutela de los intereses sociales y ambientales en las directivas europeas de 2014. – 2. La tutela social y verde en el código italiano de los contratos públicos de 2006. – 3. La actuación de las directivas europeas de 2014 en el ordenamiento italiano y la utilización estratégica de la contratación pública. – 4. Cláusulas sociales y de compatibilidad ambiental. – 4.1. Preparación de los documentos de licitación. – 4.2. Motivos de exclusión y certificación de calidad. – 4.3. Los criterios de adjudicación y los aspectos ambientales y sociales. – 4.4. La ejecución de los contratos públicos y las obligaciones de carácter ambiental y social. – 5. Conclusiones.

1. *Los contratos públicos y la tutela de los intereses sociales y ambientales en las directivas europeas de 2014*

En el marco normativo de la Unión Europea se puede reconocer una progresiva tendencia a la incorporación de la tutela ambiental en el derecho de los contratos públicos.

Aunque la primera generación de las directivas europeas² estaba orientada a promover principalmente la igualdad, y por lo tanto la competencia, entre los empresarios de todos los Estados miembros³, a partir del *Libro verde* sobre los contratos públicos⁴ y de la *Comunicación de la Comisión europea* de 2001⁵, que se pro-

^{1*} Relación presentada en el Congreso Internacional de la Universidad Pública de Navarra, Pamplona 5 y 6 de octubre de 2016, y pendiente de publicación en M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, J.F. ALENZA GARCÍA (directores), *Nueva contratación pública: Mercado y medio ambiente*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

² Se trata de la *directiva del Consejo de 26 de julio de 1971 n.º 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras*, de la *directiva de 21 de diciembre de 1976 n.º 77/62/CEE* y de la *directiva del 22 de julio de 1980, n.º 80/767/CEE*, todas modificadas varias veces, que apuntan a la realización de un mercado europeo integrado abierto a la competencia, limitando la discrecionalidad de los poderes adjudicadores: véase G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, en M.P. CHITI, G. GRECO (directo da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte speciale*, T. I, Milano, 1998, 213 ss. Además, con las directivas de segunda generación – 89/440/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE – se introduce una normativa más homogénea y detallada.

³ Cfr. C. ESCUIN PALOP, *Curso de derecho administrativo*. Valencia, Tirant lo blanch, 2005, 712.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde – La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*, COM(1996) 583 de 27 noviembre 1996. Véase un comentario in M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. app.*, 2003, 173. De gran relevancia para un cambio de perspectiva ha sido también el *Quinto Plan Comunitario de política y acción para el medio ambiente y el desarrollo sostenible* del 1993: véase B. CARAVITA, L. CASSETTI, *Unione europea e ambiente*, en B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto all'ambiente*, Bologna, 2016, 83 ss.

⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de con-*

pone de sensibilizar las administraciones contratantes al empleo de las cláusulas ecológicas, el derecho europeo se abre a la perspectiva del «Green Public Procurement», para integrar los intereses ambientales en la legislación de los contratos públicos⁶. El nuevo enfoque supera una concepción conflictiva de la relación entre el medio ambiente y los contratos públicos, porque en el contexto de los nuevos valores de la Unión Europea el desarrollo sostenible asume una importancia fundamental y la política del mercado interior puede armonizarse con la consecución de los objetivos de la política social. Por ello, el instrumento de los contratos puede servir para realizar un elevado grado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, así como estimular la innovación tecnológica⁷.

Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha animado a las administraciones públicas, también a falta de específicas disposiciones ambientales en materia de contratos, a utilizar las cláusulas ecológicas – bien como presupuesto de participación en la licitación, o como elemento de valoración

tratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 28 de noviembre de 2011, Com/2001/0566 final: v. M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, en P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (directo da), *Trattato di diritto dell'ambiente*. Vol. I, Padova, 2012, 513: se trata de un documento de *soft law*, dotado de limitada eficacia jurídica. Esta perspectiva ha sido relanzada con el *Libro Verde de la Comisión de 28 de marzo de 2007, sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política del medio ambiente y otras políticas relacionadas*, COM(2007) 140 Final. Sobre la influencia del derecho de la Unión europea para la tutela del medio ambiente se hace referencia, *inter alios*, a O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, en R. FERRARA, M.A. SANDULLI (directo da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. I, R. FERRARA, C. E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014, 153 ss. Para la identificación de los principios europeos del derecho ambiental v. P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo nazionale*, Milano, 2004; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, en R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, Torino, 2006, 1 ss.; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, en *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, n. 1-2, 62 ss., publicado en www.rqda.eu; F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente*, Torino, 2013, 123 ss.

⁶ Sobre este tema, *inter alios*, v. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente: come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello*, en *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2008, 940 ss.; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, 2011; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, en *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, Milano, 2012, 819 ss.; R. CARANTÀ, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 490 ss. Sobre los modelos de tutela “indirecta” del medio ambiente véase A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008, 276 ss.; R. FERRARA, *Modelli e tecniche di tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, en *Foro amministrativo-TAR*, Milano, 2009, 1945 ss.; P. DELL'ANNO, *Ambiente (diritto amministrativo)*, en P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (directo da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. I, cit., 288 ss. En general, por lo que concierne a los límites del sistema de “command and control” y el recurso a los instrumentos del mercado para “internalizar” el factor ambiental en los procesos de cambio, véase W. J. BAUMOL, W. E. OATES, *The Theory of Environmental Policy*, 2º ed., Cambridge, 1988.

⁷ M. GOLA, *L'amministrazione degli interessi ambientali*, Milano, 1995, evidencia como las adquisiciones de la administración puedan ser útiles para la conservación del medio ambiente, además de ayudar el ejercicio de las tareas institucionales.

de la mejor oferta —, admitiendo su compatibilidad con los principios de la contratación pública y del mercado interno. Al mismo tiempo, el juez europeo ha previsto un control estricto de proporcionalidad sobre los criterios ecológicos, que tienen que estar vinculados al objeto del contrato, no pueden atribuir una libertad de selección incondicional a la administración, tienen que ser mencionados expresamente en el anuncio de licitación y respetar todos los principios fundamentales del derecho europeo, en particular el de no discriminación⁸.

Las primeras indicaciones normativas a nivel europeo en materia de tutela ambiental⁹, que empeñan de modo vinculante los Estados, están contenidas en las directivas de 2004, en particular en la directiva n. 18/2004¹⁰. Numerosas disposiciones de esta directiva han previsto la protección directa e indirecta del medio ambiente, solicitando las administraciones a otorgar un peso sustancial a los aspectos ambientales en la valoración de las ofertas concurrentes: por ejemplo, el Considerando n. 5 establece que, para promover el desarrollo sostenible, las exigencias ambientales tienen que integrarse con la legislación europea de los contratos públicos; el Considerando n. 29 reglamenta las especificaciones técnicas, en las que se incluyen los requisitos ambientales; el Considerando n. 43 prevé como causa de exclusión de licitación la violación de normas ambientales; el artículo 53 regula el criterio de la «oferta económicamente más ventajosa», que permite la integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores¹¹.

Sin embargo, con las últimas directivas de 2014 la legislación europea sobre la contratación pública¹² se demuestra más sensible a la realización de objetivos

⁸ En este sentido, por ejemplo, TJE 17 septiembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, 4 diciembre 2003, n. 448; 10 mayo 2012, n. 368, que precisan que los criterios de adjudicación pueden concernir aspectos ecológicos y sociales; sobre la controvertida relación entre competencia y tutela ambiental en el derecho europeo según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo véase M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, en *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, 1571 ss. El TJE también ha analizado la compatibilidad con el derecho europeo de las cláusulas sociales: v. TJE, 20 septiembre 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes B.V.*, que examina un criterio de adjudicación que asigna una prioridad a las empresas disponibles a emplear desocupados de larga duración.

⁹ Según M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, en G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 191, las directivas europeas de 2004 han implicado una sustancial valorización de los perfiles ambientales en la adjudicación de los contratos públicos.

¹⁰ Para un examen general v. R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 676.

¹¹ F. ASTONE, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici ed il codice dei contratti*, en F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 1 ss.

¹² La directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la directiva 2004/18/CE, y la directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, se proponen realizar una simplificación y una mayor flexibilidad de los procedimientos, tal y como de acercar la normativa de los

sociales – tanto en fase de elección del operador económico al que adjudicar el contrato, como en fase de ejecución – además de una mayor eficiencia del gasto público.

En primer lugar, la nueva normativa en tema de contratos públicos modifica de manera relevante los criterios de adjudicación del contrato, porque los poderes adjudicadores tienen que elegir, con arreglo al artículo 67 de la directiva n. 2014/24, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa con respecto al criterio del precio más bajo¹³, privilegiando los aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales sobre los meramente económicos. En el ámbito de evaluación de la oferta económicamente más ventajosa es necesario tener en cuenta, según el artículo 68, el “coste del ciclo de vida”, que concierne también a los costes de utilización (como por ejemplo el consumo de energía), y los costes de final de vida (como por ejemplo los costes de recogida y reciclado), tal y como los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida (art. 68)¹⁴.

Un aspecto de gran relevancia concierne también a las reglas que disciplinan las “ofertas anormalmente bajas”, porque los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones del derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.

Disposiciones importantes se establecen sobre la presentación de certificados de calidad ambiental para simplificar las obligaciones de los operadores económicos. Según el artículo 62, cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinados sistemas o normas de gestión medioambiental, es necesario hacer referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n. 1221/2009 o a otras

sectores especiales a aquel de los sectores ordinarios: véase A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, en *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, Milano, 2015, 1127 ss.; P. MANTINI, *Principi generali e disposizioni comuni*, en F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016, 3 ss. A ellas se añade la *directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión*: cfr. G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, en *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2015, 1095 ss.

¹³ Según C. LAMBERTI, S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: “sistemi di selezione” e “criteri di aggiudicazione”*, en *Urb. App.*, 2015, 881, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa es ahora predominante, de manera que la administración, cuando quiera elegir otro criterio, tiene que motivar las razones de la elección.

¹⁴ Sobre el régimen del “coste del ciclo de vida” véase L. DE PAULI, *I “i costi del ciclo di vita” nel nuovo codice degli appalti*, en *Urb. App.*, 2016, 625 ss.

normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados. En cualquier caso, las administraciones deberán reconocer los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros.

Además, el Considerando n. 36 autoriza los Estados miembros a reservar a empresas que tutelan o integran personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados, el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos o de determinados lotes de los mismos¹⁵.

Por último, se presta suficiente atención a las exigencias sociales y ambientales en fase de ejecución del contrato, en particular en el sector de la subcontratación, pudiendo los poderes adjudicadores tomar las medidas oportunas para evitar el incumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, contempladas en el artículo 18, apartado 2.

Sin duda, con la nueva normativa europea se fortalece la perspectiva social y ambiental de la contratación pública, según las indicaciones del artículo 11 del TFUE, que requieren que las exigencias de la protección del medio ambiente se integren en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, y aquellas de la Estrategia Europa 2020, que consideran la contratación pública como un instrumento basado en el mercado para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. La directiva n. 2014/24 desenvuelve el papel de clarificar de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible, garantizando al mismo tiempo la posibilidad de obtener para sus contratos la mejor relación calidad-precio¹⁶.

En conclusión, el derecho de la Unión Europea se propone preservar un complejo equilibrio entre competencia y medio ambiente, que considera intangible la igualdad de trato entre los operadores económicos, y se propone promover la innovación en el sector ambiental y el crecimiento social, dando la prevalencia a la valoración sustancial de las ofertas con respecto de las formalidades.

2. *La tutela social y verde en el código italiano de los contratos públicos de 2006*

El ordenamiento italiano se ha adecuado progresivamente a la relevancia que los intereses sociales y ambientales ahora presentan en el contexto del derecho de la Unión Europea.

Sin embargo, antes de la aceptación de las directivas de 2014, en la legis-

¹⁵ V. F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, en www.federalismi.it, n. 11/2015, 14 ss.

¹⁶ Considerando n. 91.

lación italiana la relación entre contratos públicos y ambiente fue, en general, inexistente o de tipo conflictual. De hecho, en esa postura de la normativa tradicional, la tutela ambiental y social apareció como incompatible con la tutela de la competencia, porque podía favorecer la introducción de disposiciones discriminatorias y contrarias a la libertad de empresa. Además, la limitada utilización de las cláusulas ecológicas en los contratos públicos también dependió de los riesgos de responsabilidad contable para los funcionarios públicos en caso de incremento de los costes con la introducción de especificaciones técnicas de natura ambiental¹⁷.

Las primeras importantes transformaciones normativas empiezan en el 2004. Para la trasposición de las directivas n. 2004/2017/CE y n. 2004/2018/CE, se aprobó el código de los contratos públicos por el Decreto Legislativo n. 163 de 12 de abril de 2006. Con esta medida se introdujo una normativa orgánica y completa¹⁸, aunque luego fue modificado 44 veces por el legislador italiano¹⁹.

El código de 2006, en sintonía con la nueva perspectiva de las directivas de 2004, cambia los criterios de referencia para el balance entre la eficiencia económica y el medio ambiente. En particular, el artículo 2 ha afirmado que el principio de economicidad de la administración pública puede estar subordinado a necesidades sociales, de tutela de la salud, de tutela del ambiente y del desarrollo sostenible, en la idea de que el incremento del coste del contrato verde puede ser compensado por menores impactos negativos al exterior²⁰.

Este nuevo principio creó las premisas jurídicas para la formal previsión de cláusulas sociales y ambientales²¹. De hecho, se insertaron algunas normas de tutela ambiental. En particular, se pueden mencionar los artículos siguientes: 83, que acoge el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, en cuyo pueden asumir importancia los aspectos ambientales y la reducción de los costes energéticos y de los recursos naturales; 44, concerniente a los certificados de gestión medioambiental; 69, en tema de condiciones particulares de ejecución, que pueden también referirse a exigencias ambientales. En particular, la disposición del artículo 83 permitió a los poderes adjudicadores de elevar las características ambientales de las prestaciones a parámetro de elección de la oferta económicamente más ventajosa²².

¹⁷ V. S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, en *Dir. econ.*, vol. 28, 2015, 357.

¹⁸ La Ley precedente fue la Ley “Merloni” n. 109 de 11 de febrero de 1994, Ley-cuadro sobre Obras Públicas.

¹⁹ Las disposiciones legislativas fueron completadas por el Reglamento de ejecución y actuación, aprobado por el Decreto del Presidente de la República italiana n. 207 del 5 de octubre 2010.

²⁰ Cfr. G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Commento agli artt. 1-2*, en L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 24.

²¹ V. F. LACAVA, *Norme di gestione ambientale*, en F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 382, con especial referencia a las certificaciones ambientales.

²² Con respecto a este artículo del código v. I. SORRENTINO, *Art. 83. Criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa*, en L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., 1103 ss.

La doctrina ha evidenciado como la categoría de cláusulas sociales y ecológicas introducidas por el código de 2006 es muy heterogénea y presenta una pluralidad de medidas, algunas de ellas predefinidas por los poderes adjudicadores, otras reservadas a la iniciativa de los operadores económicos²³; en definitiva, el derecho italiano, acogiendo las indicaciones del derecho europeo, no solo ha abierto a la competencia el sector de los contratos públicos, que antes de esta reforma era poco transparente y reglamentado con amplia discrecionalidad por la administración, sino que además ha incorporado la protección del medio ambiente en la normativa sobre la contratación pública.

3. *La actuación de las directivas europeas de 2014 en el ordenamiento italiano y la utilización estratégica de la contratación pública*

Las transformaciones más relevantes de la legislación italiana se pueden relacionar con las directivas europeas de 2014.

En general, es posible relevar que la actuación de estas últimas directivas fue, para el legislador nacional, la ocasión de una revisión general de la contratación pública²⁴.

Después de un largo trabajo de preparación²⁵, se aprobó, en primer lugar, la ley de delegación n. 11 de 2016, que otorga una delegación larga y compleja para el Gobierno. Desde el punto de vista formal, la ley consta de un artículo único con muchos apartados, para ofrecer varios criterios directivos a la actividad legislativa gubernativa. Se pueden distinguir 71 principios de delegación, que se proponen el objetivo ambicioso de realizar una integración de la directiva: de hecho, algunos principios retoman los principios comunitarios, en cambio otros son totalmente nuevos²⁶.

Se destacan por mayor novedad los siguientes aspectos:

Transparencia, publicación y tratamiento digital de los actos del procedimiento (art. 1.1, letra q), n. 2, ley de delegación);

²³ Cfr. S. VILLAMENA, *Appalti pubblici* ..., cit., 374.

²⁴ Para el análisis de los principios de las directivas europeas cfr. C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015; E. FOLLIERI, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, en *www.giustamm.it*, 2015; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, en *Urb. app.*, 2016, 507 ss., que evidencia como se trata de una delegación larga y compleja, articulada en 59 diferentes letras.

²⁵ La gestación de la Ley ha absorbido casi todo el bienio previsto por el legislador europeo para la transposición de las directivas.

²⁶ P. MANTINI, *Principi generali* ..., cit., 12, nota que son diversos los principios innovadores de las directivas. Entonces, la exigencia de revisión de la materia de los contratos públicos, con intervenciones integrativas, ha reducido la relevancia del principio de la prohibición de *gold plating*, presente en las directivas europeas, aunque el nuevo código aparece más "ágil" en comparación con el precedente: cfr. también P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Milano, 2015.

Centralización obligatoria de los sujetos comitentes (art. 1.1, letra dd) y uu), ley de delegación);

Lucha contra la corrupción (art. 1.1, letra l) y m), ley de delegación);

Rating de legalidad y sistema de penalización y de premios para los operadores económicos (art. 1.1, letra q), n.º 5 y letra uu), ley de delegación);

Governance eficiente y eficaz mediante la “cabina di regia” entre la Presidencia del Consejo de Ministros y el nuevo papel de la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC)²⁷. En particular, la ANAC, que hereda las tareas de la autoridad de vigilancia sobre los contratos públicos (AVCP), asume al mismo tiempo las funciones de vigilancia sobre la actividad contractual de los poderes adjudicadores y de prevención de la corrupción en la pública administración y también en el sector de los contratos públicos²⁸.

De todos modos, la ley de delegación, aunque persigue la simplificación y la aceleración de los procedimientos de contratación administrativa, al mismo tiempo se propone potenciar la tutela social y ambiental, porque fomenta y apoya la utilización estratégica de los contratos públicos para adquirir bienes y servicios que promueven la innovación, respetan el medio ambiente y contrastan el cambio climático, mejorando la ocupación, la salud pública y las condiciones sociales²⁹.

El Gobierno ha ejercitado el poder legislativo en el plazo de dos meses, aprobando el Decreto legislativo n. 50 del 18 de abril de 2016, que contiene el “nuevo código” de los contratos públicos³⁰. Se trata, en comparación con

²⁷ L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 607, pone en evidencia cómo la presencia de una autoridad independiente para el mercado de los contratos públicos no ha sido contemplada por las directivas europeas. Sobre el origen y la evolución de la Autoridad Nacional Anticorrupción véase B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013; M. IMMORDINO, N. GULLO, C. CELONE (a cura di), *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano*, en *Nuove Auton.* (número monográfico), Napoli, n. 3, 2014, 395 ss.; R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.

²⁸ E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 495 ss., subdivide los poderes y las tareas de la ANAC en cuatro categorías: dirección y regulación; vigilancia y control; sanción; gestión del contencioso; sobre el complejo balance entre el interés a la lucha contra la corrupción y el interés a la rápida realización de las obras públicas en el régimen de la ANAC v. B. BARMANN, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 78 ss.

²⁹ En el dictamen del Consejo de Estado, sesión de la Comisión especial de 28 enero 2016, se pone en evidencia que la ley de delegación, en la óptica de la incorporación de las tres directivas, manifiesta una ‘nueva filosofía’, que conjuga flexibilidad y rigor, simplificación y eficiencia con la protección de valores sociales y ambientales.

³⁰ La ley de delegación ha previsto la emanación de un texto normativo único. Formalmente el decreto no tiene el nombre requerido por la ley de delegación (código de los contratos públicos y las concesiones), sino la formulación más larga “*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'ap-*

la precedente, de una normativa compacta, compuesta por 220 artículos y XXV anexos, aunque se prevé una sucesiva integración normativa mediante la emanación de más de 50 actos de varia natura, como decretos ministeriales, líneas guía del Ministro, líneas guía de la Autoridad Nacional Anticorrupción italiana.

El código del 2016 presenta una fuerte discontinuidad con respecto a la legislación precedente, realizándose un delicado equilibrio entre objetivos, instrumentos y medidas muy diferentes, si no contrapuestos³¹.

En primer lugar, se prevé una mayor discrecionalidad de los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación, con motivo de la prevalencia del criterio de la oferta económicamente más ventajosa³² y de las más amplias condiciones de aplicación de la licitación con negociación o diálogo competitivo; al mismo tiempo se configura un proceso de reducción del número de poderes adjudicadores, y además de su recalificación y monitorización³³.

En segundo lugar, se introducen normas más favorables a la división de contratos en lotes y flexibles para la gestión de los procedimientos de contratación con respecto a contratos públicos y a concursos de proyecto con valor estimado inferior a los umbrales; sin embargo, se potencia la función de vigilancia de la Autoridad Nacional Anticorrupción, que ahora acumula las tareas de regulación y control de la actividad contractual con la prevención de la corrupción.

Además, en la nueva perspectiva trazada por el código consiguen también amplio respaldo los objetivos de compatibilidad ambiental. En particular surge, desde la posición normativa del legislador gubernativo, un uso estratégico de la contratación pública para promover el crecimiento sostenible, la tutela ambiental y objetivos sociales, como la protección de los trabajadores.

Emblemática es la disposición del artículo 30, relativa a los principios de adjudicación y ejecución de contratos y concesiones. Aunque la adjudicación de contratos de obras, suministros y servicios y concesiones tiene que respetar los principios de economicidad, eficacia, tempestividad, libre competencia, no discriminación, transparencia, proporcionalidad y publicidad,

palto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". Sin embargo, la normativa del decreto de 2016 abroga y sustituye el código de 2006.

³¹ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice ...*, cit., 507; para un encuadre general véase L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit., 605 ss.

³² TAR Calabria, Reggio Calabria, 30 noviembre 2016, n. 1186, explica que el apartado 4 indica los casos en que el poder adjudicador, con elección motivada, puede utilizar el criterio del precio más bajo, mientras el apartado 3 identifica las hipótesis especiales en las que siempre prevalece el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

³³ Cfr. B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, en *Giorn. dir. amm.*, 2016, 613 ss.

se prevé también que el principio de economicidad puede ser subordinado, entre los límites de las normas vigentes y del código, a los criterios – indicados previamente en los anuncios – que preservan exigencias sociales, de tutela de la salud, del medio ambiente, del patrimonio cultural y de la promoción del desarrollo sostenible. Por lo tanto, los intereses de naturaleza social y ambiental no asumen un valor absoluto, porque están protegidos en las formas y a las condiciones establecidas por el código; sin embargo, es indudable que los poderes adjudicadores no están orientados solo a conseguir la eficiencia económica, sino también disponen de muchos y diferentes instrumentos para estimular un crecimiento social y una tutela indirecta de los recursos naturales.

Al final, en fase de ejecución de los contratos públicos los operadores económicos deben respetar las obligaciones de carácter ambiental y social que derivan de la normativa europea y nacional, de los contratos colectivos o de las disposiciones internacionales enumeradas en anexo X.

En general, se destaca que el artículo 30 se inserta en un sistema muy articulado de tutela del medio ambiente y de exigencias sociales, previsto en el nuevo código y compuesto por muchas disposiciones.

4. *Cláusulas sociales y de compatibilidad ambiental*

Antes de examinar las principales normas, en vía preliminar se puede observar que el código de 2016 retoma y amplía las cláusulas ambientales y sociales ya contempladas en el precedente código.

En cuanto a las modalidades de formación, es posible distinguir estas cláusulas en rígidas y flexibles³⁴: las primeras están establecidas por el poder adjudicador y operan como presupuestos de participación en la licitación, en el sentido que sus prescripciones – como por ejemplo una especificación técnica – se imponen de manera rígida a los operadores económicos³⁵; las segundas constituyen elementos de valoración de la mejor oferta, porque, aunque previstas por la

³⁴ Esta clasificación ha sido propuesta para las cláusulas ecológicas por S. VILLAMENA, *Appalti pubblici ...*, cit., 375, inspirándose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero se puede también aplicar a aquéllas sociales.

³⁵ La oferta no conforme a las específicas técnicas, indicadas en el pliego de condiciones de licitación, comporta la anulación de la adjudicación del contrato: TAR Trento, 3 enero de 2017, n. 2; pero los poderes adjudicadores no pueden rechazar una oferta por el motivo que los productos y los servicios ofrecidos no son conformes a las especificaciones del pliego, si en la misma oferta el candidato prueba de modo satisfactorio, con cualquier medio adoptado, que las soluciones propuestas cumplen de manera equivalente a los requisitos definidos por las específicas técnicas: TAR Veneto, sez. III, 13 maggio 2016, n. 514; Id., 20 gennaio 2016, n. 39; TAR Puglia, Bari, sez. I, 13 gennaio 2015, n. 32.

administración, se dejan a la iniciativa de los competidores, que deben presentar la propuesta técnica eco-compatible o la solución de carácter social³⁶.

La relevancia de las cláusulas sociales y ecológicas se puede también analizar en relación con la fase del procedimiento de la contratación pública en que se insertan: la fase de predisposición de los documentos de la licitación que los competidores deben presentar para la participación; la fase de la adjudicación de los contratos; la fase de la ejecución. Con respecto a todos estos perfiles, en el código se encuentran importantes innovaciones.

4.1. *Preparación de los documentos de licitación*

Por lo que concierne a los actos de licitación, de fundamental importancia es el artículo 34, que identifica las medidas dirigidas a garantizar el respeto de las exigencias de sostenibilidad energética y ambiental³⁷. En particular, se sanciona la obligación de los poderes adjudicadores de conseguir los objetivos ambientales indicados en el “*Plan de acción para la sostenibilidad ambiental*”³⁸, a través de la introducción, en la documentación proyectual y de licitación, de las especificaciones técnicas y las cláusulas contractuales que corresponden a los criterios ambientales mínimos. En otras palabras, las administraciones adjudicadores tienen que preparar los actos de licitación (documentación proyectual, especificaciones técnicas y criterios de valoración para la aplicación del criterio de la oferta económicamente más ventajosa) en el respeto de los criterios ambientales mínimos (CAM), adoptados por decretos del Ministro del Medio ambiente y de la Tutela del territorio y del mar. Los CAM³⁹ prevén características y prestaciones superiores a las fijadas por disposiciones normativas y técnicas vigentes, que es necesario, de todas maneras, respetar: por lo tanto, estos no sustituyen, sino se suman a

³⁶ Cfr. V. NERI, *La crisi di impresa nei contratti con la P.A. alla luce della Legge delega 28 gennaio 2016, n. 11*, in *Urb. app.*, 2016, 254, evidencia como actualmente la adjudicación de los contratos públicos tiene en cuenta también la tutela del trabajo, con respecto a los niveles profesionales: sobre las cláusulas sociales v. Cons. Estado, ad. pl. 6 agosto 2013, n. 19; para los contratos de servicio en especiales sectores el nuevo contratista tiene que contratar a los dependientes de la empresa saliente: en este sentido, Cons. Estado, IV, 27 noviembre 2014, n. 5890; IV, 2 diciembre 2013, n. 5725.

³⁷ La disposición actúa el art. 1.1, letra p, ley de delegación n. 11 del 2016, volviendo a coger, en gran parte, el precedente art. 68-bis, decreto legislativo n. 163 de 2006: cfr. V. SCIANCALEPORE, *Art. 77-93*, en F. GARELLA, M. MARIANI (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016, 206.

³⁸ El Plan tiene que ser aprobado por decreto del Ministro del Medio Ambiente y de la Tutela del Territorio y del Mar, según el artículo 1, apartado 1126, ley n. 296 del 27 diciembre 2006: inicialmente ha sido adoptado por un decreto del 2008 y después del 10 abril 2013; recientemente integrado por el decreto del 24 diciembre 2015, “*Adozione dei criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici per la gestione dei cantieri della pubblica amministrazione e criteri ambientali minimi per le forniture di ausili per l'incontinenza*”.

³⁹ V. T. CELLURA, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi degli appalti pubblici*, Rimini, 2016.

los criterios técnico-jurídicos existentes, por ejemplo en materia de seguridad o de tutela ambiental⁴⁰.

La función del Plan, por tanto, es la de maximizar el recurso a los contratos verdes de parte de los poderes adjudicadores, definiendo los objetivos nacionales e identificando los procedimientos en los que es necesario integrar los criterios ambientales mínimos. Además, los CAM presentan también indicaciones de carácter ético-social⁴¹.

La disposición del artículo 34 distingue tres categorías de adquisición y establece, para cada una de ellas, como se deben aplicar los CAM sobre el valor a base de remate: a) los contratos relativos a los servicios de comidas y bebidas (restauración); b) los contratos relativos a suministros y adjudicaciones no relacionados con los empleos finales de energía; c) los contratos relativos a suministros y adjudicaciones relacionados con los empleos finales de energía, para conseguir la eficiencia energética⁴².

Para garantizar un adecuado régimen de publicidad, según el artículo 71 los anuncios de licitación deben contener los criterios ambientales mínimos indicados en el artículo 34.

Además, se puede considerar que esta normativa se aplica también a los contratos de obras, suministros o servicios excluidos del ámbito de la normativa del código – por ejemplo, los que están bajo de los umbrales – porque el artículo 4 establece que la adjudicación de estos tipos de contratos debe respetar no sólo los principios de economicidad, eficacia, imparcialidad, igualdad, transparencia, proporcionalidad, publicidad, sino también los de la tutela del ambiente y eficiencia energética. En razón de esta disposición, la obligación de observar los CAM se extiende también a los poderes adjudicadores.

4.2. *Motivos de exclusión y certificación de calidad*

De gran importancia es el artículo 80 que reglamenta los requisitos de carácter general que los candidatos y los subcontratistas deben tener si no quieren estar excluidos⁴³. El legislador nacional, en la identificación de los motivos de

⁴⁰ D. VILLA, *La selezione degli offerenti*, in F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, cit., 102.

⁴¹ Decreto Ministerial de 6 de junio de 2012, “*Guida per l’integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici?*”.

⁴² Para la primera categoría (letra a) los CAM se pueden aplicar también a una cuota inferior a 50% del importe total del contrato; para la segunda categoría (letra b) los CAM se aplican a una cuota no inferior a 50% del importe total del contrato; para la tercera categoría (letra c) los CAM se aplican al entero importe total del contrato.

⁴³ Cfr. M. NUNZIATA, P. CARBONE, *La selezione delle offerte*, en *Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, Officina del diritto, Milano, 2016, 36: se trata de requisitos de fiabilidad y moralidad.

exclusión, acoge fielmente el contenido del artículo 57 de la directiva 2014/24/UE, pero introduciendo disposiciones más rigurosas con respecto a las disposiciones comunitarias⁴⁴, porque tiene en cuenta las recientes intervenciones normativas nacionales y de la jurisprudencia nacional y de las indicaciones de la ANAC⁴⁵. Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de operatividad, los requisitos de orden general se aplican a cualquier tipo de contrato público, a pesar del valor económico, y por lo tanto también los que están bajo de los umbrales.

Los motivos de exclusión se pueden subdividir en cuatro categorías: exclusión por sentencia penal definitiva de condena por delitos expresamente indicados; exclusión por medidas de prevención antimafia; exclusión por incumplimiento fiscal y contributivo; exclusión por otras hipótesis caracterizadas⁴⁶. En esta última categoría recaen, según el artículo 80 apartado 4, las graves infracciones, definitivamente exigidas, a los obligaciones de pago de los impuestos o de las contribuciones de la previsión social⁴⁷. Además, en conformidad con el artículo 80 apartado 5⁴⁸, también se pueden incluir todos los casos en los que el poder adjudicador pueda demostrar, con cualquier medio adecuado, la presencia de graves infracciones a las normas en materia de salud y seguridad laboral y a las obligaciones en materia ambiental, social y laboral establecidas por la normativa europea y nacional, los contratos colectivos o Convenciones internacionales en materia social y ambiental enumeradas en anexo X. Considerando que la norma no ofrece un parámetro predeterminado para valorar la gravedad de la transgresión, la exclusión tiene que ser respaldada por adecuada motivación⁴⁹. Es indudable que, acogiendo los contenidos de las directivas europeas, también el legislador nacional ha resaltado el uso estratégico de los contratos como instrumento activo de política económica, ambiental y social, fortaleciendo el respeto de las obligaciones de sector tanto a los candidatos como a los operadores del segundo nivel de ejecución de los contratos públicos.

De particular interés es el sistema de certificación de calidad, sobre todo de carácter ambiental, reglamentado por el artículo 87. La norma prevé, en primer lugar, que los poderes adjudicadores, cuando exijan la presentación de

⁴⁴ V. M. PERSICHETTI, *Il nuovo sistema unico di qualificazione*, en *Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, cit., pg. 48: de hecho, a diferencia de la formulación comunitaria, todos los motivos de exclusión son causas obligatorias de exclusión para los operadores económicos.

⁴⁵ Por ejemplo, las deliberaciones ANAC n. 1 de 12 enero de 2010 y n. 2 de 2 septiembre de 2014.

⁴⁶ Según el juez administrativo, la lista de los motivos de exclusión, contenida en el art. 80, d.lgs. n. 50 de 2016, debe entenderse como taxativa: TAR Campania, Salerno, I, 2 enero 2017, n. 10.

⁴⁷ Cons. Just. Adm., Corte en pleno, dictamen, 19 octubre 2016, n. 1063.

⁴⁸ En el ámbito de esta disposición entran también «faltas profesionales graves»: TAR Calabria, Catanzaro, I, 19 diciembre 2016, n. 2522.

⁴⁹ Cfr. D. VILLA, *La selezione degli offerenti*, cit., 280.

certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico satisface determinadas normas de garantía de calidad (como la accesibilidad de las personas con discapacidad), deben referirse a los sistemas de garantía de calidad basados sobre las normas europeas en materia y certificados por organismos acreditados. En todo caso, se prevé la obligación de reconocer certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros, así como la posibilidad de admitir otras pruebas relativas a la utilización de medidas equivalentes de garantía de calidad. Sin embargo, el uso de diferentes modalidades de demostración de calidad se puede admitir sólo si los operadores económicos interesados no puedan adquirir, por causas a ellos no imputables, estos certificados dentro de los términos establecidos y demuestren que las medidas de garantía cumplan las normas de garantía de la calidad solicitadas.

El apartado 2 prevé, además, que los poderes adjudicadores, cuando exijan la presentación de certificados establecidos por organismos independientes para comprobar el respeto por los operadores económicos de determinados sistemas o normas de gestión medioambiental, deben hacer referencia al sistema de la Unión de ecogestión y audit (EMAS) u otras sistemas de gestión medioambiental en conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n. 1221/2009 u otras normas europeas o internacionales en materia, que son certificados por organismos acreditados según el Reglamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo y del Consejo. En esta hipótesis, los poderes adjudicadores deben aceptar los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros. En caso de que los operadores económicos demuestren de no tener acceso a estos certificados o de no poder obtenerlos dentro de los términos previstos, los poderes adjudicadores tienen que admitir también otras pruebas de las medidas de gestión medioambiental, a condición de que sean equivalentes⁵⁰.

4.3. *Los criterios de adjudicación y los aspectos ambientales y sociales*

El artículo 95, recogiendo el art. 67, dir. n. 24/2014, pone como regla general para la adjudicación de los contratos el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, que puede ser definida con dos diferentes modalidades: en función de la mejor relación calidad-precio o de la relación coste-eficacia, que prevé el cálculo del coste del ciclo de vida⁵¹. Por lo que concierne a la relación

⁵⁰ Cfr. A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, en G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit. 200 ss., que pone en evidencia como el instrumento de la certificación en materia ambiental permite corregir los mercados existentes induciendo a los operadores económicos a tener en cuenta los efectos negativos de su actividad sobre el medio ambiente.

⁵¹ Cfr. C. VIVIANI, *Appalti sostenibili*, green public procurement e socially responsible public procurement, in *Urb. app.*, 2016, 993 ss.

calidad-precio, la oferta se valora según criterios objetivos, que tienen en cuenta los aspectos cualitativos, ambientales y sociales, relacionados con el objeto de los contratos⁵². En el ámbito de tales criterios pueden incluirse:

La calidad, que incluye el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad para las personas con discapacidad, diseño adecuado para todos los usuarios, certificaciones en materia de seguridad y salud para los trabajadores, características sociales y ambientales, reducción de los consumos energéticos y de los recursos ambientales de la obra o del producto;

La posesión de una marca de calidad ecológica de la Unión europea (Eco-label UE) en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, igual o superior al 30% del valor de los suministros;

El coste de uso y manutención con referencia a los consumos de energía y de los recursos naturales, a la contaminación y a los costes totales, incluidos los externos y de mitigación de los impactos de cambio climático, en relación con el ciclo de vida de la obra, bien o servicio, para conseguir el objetivo estratégico de un uso más eficiente de los recursos y de una “economía circular” que promueva ambiente y ocupación;

La compensación de las emisiones de gas a efecto invernadero relacionadas con las actividades empresariales según los métodos establecidos por el dictamen n. 2013/179/UE de la Comisión de 9 abril de 2013.

La segunda modalidad de individuación de la oferta económicamente más ventajosa utiliza el criterio de comparación coste/eficacia como el coste del ciclo de vida, regulado por el artículo 96 que retoma las normas del artículo 68 de la directiva n. 2014/24.

De notable relevancia es la disposición del artículo 50, que concierne a la posibilidad de introducción de las cláusulas sociales. Para la adjudicación de las concesiones y los contratos de obras y servicios (diferentes a aquellos de carácter intelectual), los anuncios de información previa y de licitación y las invitaciones pueden introducir, en el respeto de los principios de la Unión europea, específicas cláusulas sociales que promuevan la estabilidad ocupacional del personal empleado.

Al final, según el artículo 170, por lo que concierne a las concesiones, los requisitos técnicos y funcionales pueden incluir niveles de prestación ambiental.

4.4. *La ejecución de los contratos públicos y las obligaciones de carácter ambiental y social*

Algunas consideraciones se pueden hacer con referencia a la fase de la ejecución, en la que asumen importancia los aspectos sociales y ambientales.

⁵² TAR Lazio, Roma, III, 13 diciembre 2016, n. 12439, establece que el operador económico que quiere participar en una licitación puede requerir el control judicial de la *lex specialis*, con respecto a la elección del criterio de adjudicación.

En primer lugar, según el citado artículo 30, apartado 3, en la ejecución de los contratos públicos y de las concesiones, los operadores económicos respetan las obligaciones en materia ambiental, social y laboral, establecidas por la normativa europea y nacional, por los contratos colectivos y las disposiciones internacionales enumeradas en el anexo X.

Esta previsión se complementa con la disposición del artículo 100, que atribuye a los poderes adjudicadores la facultad de exigir especiales requisitos para la ejecución del contrato, a condición de que sean compatibles con el derecho europeo y los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad, innovación y sean previstas en los anuncios de licitación o las invitaciones. Los requisitos pueden concernir a exigencias sociales y ambientales. De hecho, en la presentación de la oferta los operadores económicos declaran aceptar los requisitos especiales en caso de adjudicación.

5. Conclusiones

Es posible observar que las disposiciones italianas en tema de contratos públicos que conciernen a los aspectos sociales y ambientales obran, con diferentes modalidades, en un triple plan: a) otorgan mayor efectividad a las obligaciones vigentes con respecto a los operadores económicos; b) permiten a los poderes adjudicadores de insertar cláusulas rígidas que todos los candidatos deben respetar en la misma manera; c) al final, permiten a los poderes adjudicadores de prever, para la valoración de la oferta más ventajosa, cláusulas flexibles cuyo contenido normativo se propone por los candidatos.

En primer lugar, una serie de normas fortalecen el cumplimiento de las obligaciones sociales y ambientales existentes y ya previstas por la normativa extra-contractual para los que desempeñan una particular actividad económica. Todavía se trata de disposiciones que, mediante la remisión a la legislación de carácter social y ambiental, se proponen garantizar siempre la competencia entre los operadores económicos, para evitar que una empresa pueda beneficiarse del ahorro de costes a consecuencia de la inobservancia de las normas ambientales y sociales y así llegar a ser más competitiva con respecto a los otros candidatos. En el planteamiento del código italiano, la violación de la normativa de tutela ambiental y social asume una relevancia jurídica en todas las fases de la contratación pública, porque los poderes adjudicadores deben excluir, según el artículo 80, apartado 6, el operador económico en cualquier momento del procedimiento, cuando parece que se encuentre en una de las situaciones que constituyen motivos de exclusión (apartados 1, 2, 4 e 5), entre las que se encuentra la grave infracción a las obligaciones ambientales y sociales.

En segundo lugar, las cláusulas sociales y ambientales se pueden insertar en

la documentación de licitación por elección discrecional de los poderes adjudicadores, para identificar, como objeto del contrato, una obra, un suministro o un servicio que sean el más posible eco-compatibles o idóneas a salvaguardar exigencias sociales. Se trata de cláusulas que son obligatorias para todos los candidatos, que deben tener los requisitos previstos y (o) las cualificaciones requeridas o incorporar las indicaciones técnicas en su oferta.

Sin embargo, esta facultad regulativa, prevista por las directivas europeas, además del código, tiene que ejercitarse en el respeto de los principios de igualdad de trato y no discriminación, no pudiendo las administraciones favorecer a los empresarios nacionales mediante la introducción de requisitos o condiciones relativos a un particular modelo de producción o actividad empresarial. Además, la elaboración de estas cláusulas sociales y de compatibilidad ambiental debe atenerse también al principio de proporcionalidad, de manera que no sea posible prever obligaciones demasiadas onerosas o no adecuadas al objeto del contrato.

A través de la introducción de las cláusulas sociales y ambientales, los poderes adjudicadores intentan promover la innovación ambiental o la asunción de obligaciones sociales de parte de los operadores económicos, solicitando la presentación de soluciones técnicas para identificar el mejor sistema de protección del medio ambiente y del desarrollo sostenible.

El problema principal que deriva de este tipo de cláusulas concierne a la coordinación o al balance entre los criterios económicos y aquellos sociales y ambientales para orientar la adjudicación y para establecer el peso de cada uno de ellos en la atribución de la puntuación. Al respecto se han elaborado las líneas guía del ANAC⁵³, que precisan como definir los criterios relativos a los aspectos sociales y ambientales, para orientar la discrecionalidad de los poderes adjudicadores.

⁵³ Recientemente Autorità Nazionale Anticorruzione, *Linee Guida n. 2 di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"*, aprobadas por deliberación del Consejo de Autoridad n.º 1005 de 21 de septiembre de 2016, que prevé que «vengano indicati – già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento – i criteri motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione delle offerte».

Abstract

Social and environmental aspects of public procurement in Italy

by Nicola Gullo

This paper examines how the European Union policy induced the Italian legislator to integrate social and environmental considerations into public procurement practices.

The new code of public procurement, giving application of the 2014 EU directives, introduce two fundamental instruments. First, the legislative provisions allow contracting authorities to exclude from contract award procedures any supplier or contractor who was found guilty of breaching rules of environmental protection or social objectives promotion. Second, the code allows, under certain conditions, to include social and environmental protection objectives among the criteria for the selection of candidates.

La revisione costituzionale tra processi riformatori e crisi della rappresentanza politica. Spunti di riflessione*

di Ornella Spataro

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una questione di congruità tra obiettivi e strumenti. La nuova configurazione del Senato. – 3. Il nuovo assetto dei rapporti Stato-Regioni. – 4. Gli effetti complessivi sulla forma di governo. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione.*

L'approvazione del disegno di legge costituzionale recante «*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione*» rappresenta, com'è noto, il momento apicale di una complessiva strategia riformatrice che il Governo in carica si è intestato, con l'intento dichiarato di imprimere una svolta nuova all'ordinamento giuridico.

La legge suddetta interviene su alcuni dei profili che erano già stati presi in considerazione nelle plurime proposte di revisione formulate in passato¹, e, sotto questo profilo, viene presentata come l'espressione delle istanze già emerse nei tentativi precedenti di ridisegnare l'assetto costituzionale repubblicano, i quali, seppure con modalità ed accenti di volta in volta diversi, incidevano sugli stessi punti cruciali: la trasformazione del Senato in vista del superamento del bicameralismo paritario, il ripensamento complessivo dei rapporti tra Stato e Regioni, la

* Il presente commento trae origine nel contesto dell'ampio dibattito che, negli ultimi mesi dell'anno 2016, ha riguardato la legge di revisione approvata in seconda lettura dalle Camere a maggioranza assoluta rispettivamente il 20 gennaio e il 12 aprile 2016. Nelle more della pubblicazione il progetto di revisione costituzionale, com'è noto, è stato respinto dal corpo elettorale il 4 dicembre del 2016. Restano però di estrema attualità tutte le problematiche che esso ha fatto emergere sugli svariati profili chiamati in causa: dalla necessità di ripensare il bicameralismo, a quella di rimodulare i rapporti tra lo Stato e i livelli territoriali di governo, a quella, più generale, di recuperare modalità di realizzazione della rappresentanza politica che alimentino la fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche.

¹ V. i lavori delle Commissioni bicamerali che sono state istituite, nel corso del tempo, con lo scopo di elaborare progetti organici di revisione della Costituzione: la Commissione Bozzi (istituita nel 1983), la Commissione De Mita – Iotti (istituita nel 1992), la commissione D'Alema (istituita nel 1997). Nessuna delle proposte elaborate dalle predette commissioni ebbe un esito in termini di approvazione parlamentare. Una legge di riforma organica della Costituzione fu poi approvata, com'è noto, dalle Camere a maggioranza assoluta nel 1995, per essere respinta dal corpo elettorale in sede di referendum costituzionale nel giugno del 2006.

stabilizzazione delle dinamiche della forma di governo attraverso procedure atte a rafforzare la capacità decisionale dell'Esecutivo.

Sotto questo profilo, la legge di revisione di cui si discute recherebbe un'intrinseca legittimazione, connessa al rapporto di derivazione immediata da orientamenti e obiettivi riformatori già emersi in precedenza: essa rappresenterebbe, dunque, la risposta definitiva ad esigenze di miglioramento del sistema che la classe politica, e anche gli studiosi di diritto costituzionale, avevano posto in evidenza. La sua approvazione, quindi, viene posta come l'occasione per realizzare concretamente risultati di modernizzazione dell'assetto istituzionale di cui si sentiva la necessità da molto tempo, secondo indicazioni già ampiamente esplorate dalle proposte precedenti, e, pertanto, avvalorate dalla circostanza di avere costituito gli orientamenti stabili di qualsiasi discorso sulla riforma della Costituzione repubblicana.

La strategia riformatrice che il governo in carica si è intestato ha trovato poi espressione, per altro verso, in interventi che, già adottati con leggi ordinarie, sono necessariamente prodromici alla revisione costituzionale, poiché vanno ad incidere con diversa efficacia, ma in un'ottica di sinergia degli effetti, in ambiti materiali strettamente contigui.

È imprescindibilmente connessa alla revisione del bicameralismo paritario, anzitutto, la riforma elettorale approvata con la legge n. 52 del 2015 (c.d. *Italicum*): essa, com'è noto, disciplina soltanto il sistema elettorale della Camera dei deputati, per cui la sua applicazione presuppone inevitabilmente l'entrata in vigore della riforma costituzionale, con la conseguente differenziazione delle due Camere anche sul piano del procedimento per il loro rinnovo.

Si pensi, inoltre, alla legge n. 56 del 2014, (c.d. legge Delrio), che ha riorganizzato le funzioni degli enti di area vasta, anticipando l'eliminazione delle Province dal testo costituzionale, in un contesto che, rimodulando le caratteristiche di fondo dello stato regionale, configura secondo modalità nuove l'assetto complessivo degli enti territoriali.

Ma si inseriscono nella stessa prospettiva riformatrice anche altri interventi legislativi, nei quali non è difficile ravvisare un medesimo orientamento ispiratore, che pare complessivamente orientato verso il rafforzamento delle istanze decisionali di vertice; mentre, in vista di obiettivi di semplificazione e di efficientamento, si assiste ad un ridimensionamento, e, dunque, ad un sostanziale depotenziamento, degli enti intermedi, non solo Regioni e Province sul piano territoriale, ma anche Camere di Commercio, Sovrintendenze, Prefetture, che paiono interessate da un tendenziale depauperamento dei rispettivi ruoli e funzioni².

² Per quanto concerne le Camere di commercio, v. la l.124/2015, che contiene la delega per il relativo riordino, e i susseguenti decreti legislativi. La medesima legge (c.d. "legge Madia"), ha previsto anche la riorganizzazione delle Prefetture. La legge n. 218/2015 ha invece previsto l'abolizione delle Sovrintendenze archeologiche e l'istituzione della Sovrintendenza unica.

Ciò varrà sicuramente ad amplificare ulteriormente gli effetti, già importanti, della legge c.d. Renzi-Boschi, che incide profondamente su alcuni degli istituti fondamentali della struttura repubblicana, imprimendo rilevanti modifiche alle dinamiche di funzionamento della forma di governo, oltre che, per certi versi, alla stessa configurazione della forma di Stato.

Si è in presenza, dunque, di una legge di revisione poderosa sul piano quantitativo, posto che interessa ben 47 articoli della Costituzione, ma altrettanto impegnativa sul piano qualitativo, dato che investe questioni di rilevanza cruciale sul piano dell'assetto istituzionale, la cui portata sistemica si estende, come si è detto, ben al di là delle modifiche apportate alle singole disposizioni costituzionali.

Ciò spiega chiaramente le tensioni e i conflitti che stanno precedendo il prossimo appuntamento referendario, che interroga il corpo elettorale su argomenti di portata determinante per l'ordinamento repubblicano, ponendolo, al fondamento, dinanzi a quello che, da lungo tempo, è il problema sostanziale di ogni ragionamento sulle riforme: è la Costituzione del '48, dopo quasi 70 anni di vita, ancora suscettibile di esprimere una sua validità, fornendo un quadro convincente di limiti razionali al potere politico, o, al contrario, richiede necessariamente un intervento che la renda adeguata al cambiamento dei tempi? In caso di risposta affermativa ci si dovrebbe ulteriormente chiedere, poi, se questa Costituzione abbisogna soltanto di qualche limitato intervento di manutenzione, o di manomissioni più incisive, quale quella per la quale saremo a breve chiamati a votare.

Come è ampiamente noto, le posizioni al riguardo non sono affatto univoche, e i costituzionalisti paiono, al momento, divisi in due fronti opposti.

Non si può dubitare, invero, che la revisione costituzionale in atto presenti importanti profili di criticità: se, per certi versi, essa tenta di rispondere a esigenze pressoché unanimemente condivise di riforma, cercando di imprimere all'assetto istituzionale una svolta nuova, per altri aspetti essa suscita dubbi di non poco momento, che riguardano profili di merito oltre che interpretativi, e, inevitabilmente, si pone ai cittadini come fonte di grandi incertezze. Non a caso la dottrina ha parlato, fin da subito, di "luci e ombre" della riforma costituzionale *de qua*³.

Andando alla ricerca di qualche elemento chiarificatorio che possa essere, sotto tale aspetto, di qualche utilità, non si può che partire da una premessa metodologica: occorre cioè affrontare il tema con uno sguardo tendenzialmente laico, ovvero guardare agli argomenti in campo prescindendo da qualsiasi pregiudiziale ideologico-politica, dunque collocando le molteplici e complesse questioni che lo sottendono in una prospettiva, per quanto possibile, neutra.

³ L'espressione è di A. D'ATENA, *Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2015.

Operazione, questa, resa oltremodo difficile dal bombardamento mediatico a cui siamo sottoposti con cadenza quotidiana, dalle pressioni politiche che spingono verso le ragioni del sì o le ragioni del no, in un contesto di campagna referendaria che si protrae da mesi con lunghezza estenuante, e che, ormai, è entrata nella fase parossistica.

La propaganda favorevole o contraria alimenta, invero, il ricorso ad argomentazioni di varia natura, che offuscano la razionalità del confronto, impedendo agli elettori una ponderazione seria sui contenuti della riforma e sui suoi risvolti applicativi.

È il caso di tutte quelle prospettazioni catastrofiste, che richiamano scenari di destabilizzazione politica ed economica in caso di esito negativo della consultazione referendaria, e che certamente non giovano alla proficuità del dibattito, vanificando ogni pretesa di serietà e rigore nella valutazione delle scelte.

Nel contesto di una comunicazione mediatica che si radicalizza sempre più, il dilemma del voto referendario viene anche presentato come scontro tra innovazione e conservazione; caricato, per così dire, di sfumature non solo politiche, ma addirittura, psicologiche. I sostenitori del no sarebbero coloro che hanno paura di proiettarsi nelle sfide che la democrazia del futuro pone, mentre i fautori del sì sarebbero gli intrepidi, coloro che hanno il coraggio di andare avanti, di voltare pagina in maniera netta, che non hanno paura di affrancarsi da ciò che è certo per affrontare l'ignoto del nuovo ordinamento costituzionale.

Il dibattito giornalistico sembra perfino adombrare una separazione antropologica tra pessimisti⁴, ovvero i disfattisti che non riescono a compiere una professione di fiducia verso le virtù del cambiamento, e coloro che, invece, sono animati da un sano ottimismo verso le ricadute della riforma, e, prima ancora, verso la capacità della classe politica di completarla con tutto il prosieguo delle leggi d'attuazione, che essa necessariamente postula⁵: prima fra tutte la legge per l'elezione del Senato⁶, per non parlare, poi, dello statuto delle opposizioni parla-

⁴ V.M. AINIS, *Promosso o bocciato? Tre domande sul referendum costituzionale*, in *La Repubblica* del 9 agosto 2016.

⁵ La legge di revisione contiene, invero, poche disposizioni suscettibili di applicazione immediata. Si tratta, infatti, di quelle relative all'abolizione del CNEL, ai limiti agli emolumenti dei componenti degli organi regionali, della previsione per cui nella legislatura in corso non si proceda alla convocazione dei comizi elettorali per il rinnovo del Senato allo scioglimento di entrambe le Camere, della competenza della Corte costituzionale in tema di giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi elettorali di Camera e Senato, della permanenza nella stessa carica dei senatori a vita in carica alla data di entrata in vigore della legge di riforma costituzionale, nonché di alcune disposizioni finali contenute nella stessa riforma costituzionale. Prescindendo dalle suddette disposizioni, è larghissimo, invece, il ricorso, nella legge di revisione, a norme aperte, caratterizzate da una certa indeterminatezza, che richiedono per la loro attuazione l'approvazione di successive leggi ordinarie, o, addirittura, costituzionali.

⁶ Il nuovo art. 57, co. 6, rinvia ad una successiva legge bicamerale la regolamentazione delle «modalità di attribuzione dei seggi e di elezione dei membri del Senato della Repubblica tra i consiglieri e i sindaci,

mentari, che dovrà essere affidato a modifiche necessarie dei regolamenti interni delle Camere, o della definizione della tipologia dei referendum, per i quali la revisione pone addirittura un duplice rinvio, ad una legge costituzionale prima, e, successivamente, ad una legge ordinaria⁷.

La questione di fondo investe, invero, una pretesa debolezza della nostra democrazia, che dovrebbe trovare nuova vitalità all'esito della scossa riformatrice, per cui l'alternativa della conservazione dello *status quo* viene posta come scelta di retroguardia, come ipotesi che non consentirebbe al Paese di affrancarsi dallo stallo politico che sembra attanagliarlo, come situazione che procrastinerebbe senza rimedio la crisi e lo svuotamento della rappresentanza politica.

Può la revisione costituzionale in corso offrire rimedio a tanti e tali mali? Pone strumenti giuridici che possiamo considerare adeguati alle ambiziosissime finalità che la sorreggono?

2. *Una questione di congruità tra obiettivi e strumenti. La nuova configurazione del Senato.*

A sostegno della riforma vengono adottati obiettivi politici di corto e medio, ma anche di lungo raggio.

Nell'immediato, infatti, si fa riferimento alla riduzione del numero dei parlamentari, anche in vista della correlativa riduzione dei costi della politica; alla semplificazione e allo snellimento del sistema, con l'eliminazione di enti ormai divenuti inutili; alla razionalizzazione delle procedure preordinate alle decisioni politiche, con il superamento del bicameralismo paritario, in vista di una maggiore efficacia dell'azione volta alla realizzazione dell'indirizzo governativo, anche sul versante dell'azione di risanamento economico e dell'affidabilità del Governo nel dialogo con i vertici europei.

In una prospettiva più ampia, e più di lungo periodo, la *ratio* della revisione costituzionale si rinviene, invece, nella necessità di rivitalizzare il rapporto dei cittadini con le istituzioni: in tal senso si invoca l'efficientamento delle procedure

nonché quelle per la loro sostituzione, in caso di cessazione della carica elettiva regionale o locale»; con l'aggiunta che «I seggi sono attribuiti in ragione dei voti espressi e della composizione di ciascun Consiglio». Si tratta, evidentemente, di una norma compromissoria di rinvio, che è servita a superare l'impasse del conflitto tra i sostenitori della elezione diretta o indiretta dei componenti del Senato.

⁷ Il nuovo art. 71, co. 3, demanda ad una legge costituzionale la determinazione di «condizioni ed effetti di referendum popolari propositivi e d'indirizzo, nonché di altre forme di consultazione, anche delle formazioni sociali» e a «legge approvata da entrambe le Camere» la disposizione delle «modalità di attuazione» (art. 71, comma 4). Si tratta, invero, di una clausola che, operando un duplice rinvio a futura legislazione – di rango costituzionale e poi di rango ordinario bicamerale, costituisce indubbiamente fonte di ambiguità e incertezze: ad esempio, con riguardo ai referendum propositivi, resta del tutto impregiudicata la questione del carattere vincolante o meno dei loro esiti, e quindi resta incerta la loro classificazione nel novero degli istituti di democrazia partecipativa o di democrazia diretta.

come rimedio che può rinvigorire l'azione legislativa e di governo, alimentando la fiducia degli elettori nella capacità della classe politica di rispondere tempestivamente alle emergenze sociali.

Il rinnovamento e la semplificazione del sistema, dunque, vengono presentati come svolta necessaria per scrostarlo dei mali che lo hanno incancrenito, e che hanno cagionato il gravissimo depauperamento dei contenuti della partecipazione politica che è sotto gli occhi di tutti.

Ebbene, se questi sono gli obiettivi che la riforma costituzionale si propone, è chiaro che non vi è chi possa non condividerli.

La questione, dunque, si sposta necessariamente sui contenuti della legge di revisione, ovvero sulle scelte di merito che, in vista dei predetti obiettivi, essa incorpora.

A tale riguardo, com'è noto, i filoni fondamentali dell'intervento riformatore riguardano due profili caratterizzanti: il superamento del bicameralismo paritario e la configurazione di un nuovo assetto nei rapporti Stato-Regioni. Si tratta, peraltro, di due aspetti fortemente interrelati, posto che il superamento del bicameralismo paritario si lega indissolubilmente alla trasformazione del Senato in una Camera rappresentativa degli interessi territoriali.

Tuttavia, ad una valutazione d'insieme, non sembrano emergere dalle scelte riformatrici quelle istanze ultime di coerenza che avrebbero dovuto realizzare compiutamente la suddetta relazione.

Che la revisione del bicameralismo fosse un'esigenza oramai da tempo evidenziata, in maniera pressoché unanime, dalla dottrina costituzionalistica, è un dato incontrovertibile.

La duplicazione delle funzioni e delle decisioni tra le due Camere è da tempo apparsa come il residuo anacronistico di scelte che potevano avere un senso quando l'Assemblea Costituente svolse i suoi lavori, e che oggi hanno disvelato tutte le loro debolezze in termini di appesantimento dell'iter legislativo e di sovradimensionamento della classe politica parlamentare.

Anche l'analisi comparatistica evidenzia, d'altronde, come nelle moderne democrazie prevalgano sistemi di bicameralismo non paritario, o comunque differenziato.

Se questo è il dato di partenza, è però altrettanto vero che proprio sul versante della ridefinizione del Senato, come prevista nella riforma costituzionale "Renzi-Boschi", si addensano maggiormente dubbi e perplessità, che sono stati fin da subito evidenziati con riferimento tanto agli aspetti strutturali quanto a quelli funzionali.

Circa la composizione del nuovo Senato, infatti, esso non sarebbe più ad elezione diretta⁸, ma sarebbe costituito da novantacinque senatori rappresentativi

⁸ La scelta a favore di un Senato non direttamente eletto è stata, com'è noto, fortemente controversa, e costituisce uno dei punti focali su cui si appuntano le riserve di coloro che sono contrari

delle istituzioni territoriali, Regioni e Comuni, e da cinque senatori nominati dal Presidente della Repubblica⁹, cui si aggiungono gli ex Presidenti della Repubblica come senatori di diritto a vita, con la conseguenza che il principio della rappresentanza nazionale viene riferito ai soli membri della Camera dei deputati¹⁰.

Ne deriva una seconda Camera contrassegnata da una composizione ibrida, frutto, verosimilmente, di scelte di compromesso che si sono rese necessarie, nel travagliato iter di approvazione parlamentare della riforma, per assicurarne il buon esito.

Nel nuovo Senato siederanno, infatti, Consiglieri regionali e Sindaci, ma, stranamente, non i Sindaci delle Città metropolitane, che, in certi casi, hanno una consistenza rappresentativa superiore a quella delle Regioni più piccole; ai rappresentanti dei livelli territoriali viene aggiunto, poi, il contingente dei senatori di nomina presidenziale, investiti di un mandato della durata di 7 anni, oltre che degli ex Presidenti della Repubblica quali senatori di diritto a vita¹¹.

Tale eterogeneità non pone solo una questione teorica, connessa alla difficoltà di dare al nuovo Senato una identità certa, riconducibile ad esigenze di inquadramento dogmatico, ma genera problemi di non poco momento sul piano pratico-funzionale, tali da sconfessare proprio quelle esigenze di miglioramento del sistema che dovrebbero giustificare la riforma.

Sono apparse da subito, infatti, tutte le difficoltà connesse ad un'assemblea

alla riforma. Cfr., per tutti, A. PACE, *Una riforma eversiva della Costituzione vigente*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2016, il quale evidenzia come l'elettività diretta costituisca, per la Corte costituzionale (sent. 1/2014), il fulcro della sovranità popolare.

⁹ I senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali vengono eletti dai Consigli regionali e delle Province autonome di Trento e Bolzano, con metodo proporzionale, tra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, tra i Sindaci dei Comuni dei rispettivi territori. Nessuna Regione potrà avere un numero di senatori inferiore a due e la ripartizione dei seggi tra le Regioni si effettuerà in proporzione alla loro popolazione. La durata del mandato dei senatori verrà a coincidere con quella degli organi delle istituzioni territoriali dai quali sono stati eletti, mentre i senatori di nomina presidenziale resteranno in carica sette anni, senza poter essere nuovamente nominati. La qualifica di senatore a vita resta invece soltanto agli ex Presidenti della Repubblica. Cfr. gli artt. 57 e 49 Cost., come modificati.

¹⁰ Cfr. le modifiche all'art. 55 Cost.

¹¹ Dubbi sono stati avanzati anche con riguardo al criterio seguito per la ripartizione dei seggi tra le Regioni. È stato osservato, infatti, che il criterio demografico non è stato corretto in modo sufficiente a evitare l'emarginazione politica delle Regioni meno popolose, onde impedire, sulla scorta delle esperienze federali maggiormente consolidate, la costituzione di blocchi di "Stati forti" (perché più popolosi) tali da porre nel nulla, con il loro accordo, la volontà degli altri Stati. Secondo la riforma, invece, le 6 Regioni più popolose (Lombardia, Campania, Lazio, Sicilia, Piemonte e Veneto) disporranno della maggioranza del collegio. Ciò potrebbe accentuare le contrapposizioni geografiche, e far prevalere il localismo anziché la visione unitaria e comprensiva degli interessi riferibili all'autonomismo. Così G. SCACCIA, *Intervento al dibattito su La riforma del senato e del Titolo V della Costituzione, nell'ambito del master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti di assemblea*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2016.

caratterizzata da un continuo *turn over* nella sua composizione, posto che la durata del mandato senatoriale è legata alla durata della carica sottostante: se ne avrebbe un coacervo di Senatori espressivi di interessi diversi, e, dunque, portatori di diverse logiche, titolari di una carica con scadenze sfalsate, in un rinnovo continuo, che certo non appare rispondente a logiche di efficienza ed efficacia dei lavori; tanto più se si pensa che i nuovi procedimenti legislativi che coinvolgono il Senato richiedono, in alcuni casi, tempi molto brevi di deliberazione.

Anche il cumulo dei mandati contribuisce a mettere seriamente a rischio ogni pretesa di efficacia ed efficienza nell'espletamento delle gravose funzioni che sono connesse a ciascuno di essi, ed è per questo che, con ironia sferzante, v'è chi ha parlato di Senatori "part-time", o "dopolavoristi"¹².

Tale composizione potrebbe, inoltre, contraddire la stessa esigenza di portare al centro la rappresentanza degli interessi territoriali, che dovrebbe costituire la cifra identitaria di fondo del nuovo Senato. L'elezione dei Senatori da parte dei Consigli regionali rischia, infatti, di trasferire sulla seconda Camera tutte le debolezze che la classe politica regionale ha evidenziato nel corso del tempo. È noto che nei Consigli regionali sono risultate sempre prevalenti le logiche politiche connesse all'appartenenza dei consiglieri ai partiti, che hanno spesso offuscato le esigenze rispondenti ai bisogni dei territori o delle popolazioni regionali. La storia delle dinamiche politiche dei Consigli regionali consegna, infatti, il dato per cui la dialettica ideologico-partitica, influenzata dalle direttive promananti dai vertici di questo o quel partito, ha dominato gli orientamenti dei consiglieri, a discapito della valutazione oggettiva delle problematiche territoriali.

Tale rischio pare ulteriormente avvalorato dalla circostanza che in capo ai senatori, che non dovrebbero rappresentare più l'intera nazione, ma le autonomie, viene mantenuto il divieto di mandato imperativo: per assicurare una rappresentanza autenticamente territoriale sarebbe stato più opportuno prevedere, al contrario, il vincolo di mandato¹³. La sua assenza, invece, potrebbe sganciare del tutto gli orientamenti espressi dai Consiglieri-Senatori dalle istanze connesse al decentramento, non essendo peraltro previsto nessuno strumento idoneo ad assicurare il collegamento con gli indirizzi delle maggioranze consiliari delle rispettive Regioni.

Di contro, si prevede che le commissioni legislative e di inchiesta non

¹² Sotto questo profilo appare irragionevole la previsione per cui i Senatori non godranno di una indennità aggiuntiva rispetto a quella percepita per il mandato di provenienza (art. 69), visto l'aggravio dell'impegno professionale richiesto. Senza contare che tale divieto potrà essere facilmente sterilizzato con la previsione di somme a titolo di rimborso delle spese di viaggio.

¹³ È stato osservato che si sarebbero potuti prevedere altri strumenti per assicurare l'aderenza del voto dei senatori alla volontà regionale, quali la revocabilità del mandato senatorio, o la sottoposizione delle dichiarazioni espresse in Senato al voto della maggioranza consiliare. Cfr. V. TONDI DELLA MURA, *Se il rimedio è peggio del male. I rischi di una riforma costituzionale non emendabile*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2016.

saranno più formate in modo proporzionale alla consistenza dei gruppi parlamentari¹⁴, cosa, questa, non confacente rispetto alla necessità di assicurare che i rapporti tra maggioranza e opposizione all'interno degli organi legislativi e inquirenti si sviluppino secondo criteri di equilibrio, dato che, in ogni caso, i senatori apparterranno a dei partiti di riferimento. Ne potrebbe derivare che, sulle materie di pubblico interesse riguardanti le autonomie territoriali, le commissioni si trovino ad indagare con una composizione non idonea alla delicatezza della funzione, se si pensa che i controllori potrebbero promanare dalle stesse forze politiche cui vengono addebitati i fatti oggetto di inchiesta.

Circa le garanzie del ruolo della minoranza, più in generale, non si può poi sottacere la clamorosa assenza, nel nuovo testo costituzionale, di un apparato di strumenti riconducibili ad uno statuto costituzionale dell'opposizione, per il quale si rinvia a future modifiche del regolamento interno della Camera. Ciò appare assolutamente illogico, oltre che insoddisfacente: poiché i regolamenti parlamentari si approvano a maggioranza assoluta, ne deriva che dovrebbe essere la maggioranza politica a introdurre e deliberare gli strumenti di tutela delle opposizioni.

Al rafforzamento delle procedure decisionali di maggioranza, dunque, non corrisponde un correlativo incremento delle garanzie delle minoranze-opposizioni: ciò vanifica così qualsiasi istanza di contropotere interno alla Camera politica, che non troverebbe più nel Senato, d'altronde, un adeguato contrappeso esterno.

Ugualmente squilibrata appare la scelta di mantenere in capo ai Senatori, oltre al divieto di mandato imperativo, quelle guarentigie che hanno sempre trovato la loro giustificazione costituzionale nel fatto di fungere da presidio per il libero esercizio del mandato parlamentare, rappresentativo dell'intera nazione: il riferimento è, chiaramente, al regime delle immunità ex art. 68 Cost., che appare inconfidente e sovradimensionato se riferito ai Consiglieri regionali e Sindaci che andranno a comporre il nuovo Senato, e che rischia, peraltro, di produrre l'indesiderato effetto di costituire un salvacondotto, tale da rendere giudizialmente immuni gli atti compiuti nell'esercizio del mandato amministrativo sottostante.

Le criticità fin qui evidenziate sul versante della composizione del Senato e della sua idoneità a rappresentare realmente le istituzioni territoriali, si riverberano poi anche sul piano delle funzioni che la seconda Camera andrebbe ad esercitare secondo il nuovo testo costituzionale.

Il Senato, infatti, pur non essendo elettivo, continuerebbe ad esercitare una quota non marginale della funzione legislativa, e parteciperebbe alla funzione di revisione costituzionale.

Inoltre, al Senato viene riservata la funzione di raccordo tra lo Stato e gli

¹⁴ Artt. 72, co. 4, e 82, co. 2, come modificati.

altri enti costitutivi della Repubblica, nonché tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l'Unione europea, inclusa la partecipazione alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi e delle politiche dell'U.E. Ancora, al Senato viene attribuita una non meglio definita funzione di valutazione delle politiche pubbliche.

Dunque, la seconda Camera, non eletta direttamente, pur recando in sé tutte le debolezze strutturali che si sono fin qui evidenziate, avrebbe comunque la titolarità di funzioni di portata notevolissima.

Né è ravvisabile un collegamento sostanziale tra le funzioni legislative demandate al Senato e le competenze degli enti territoriali.

In effetti, laddove si cercasse una matrice razionalmente unitaria nel riparto delle materie tra procedimenti bicamerali e monocamerali, si stenterebbe non poco: l'elencazione contenuta all'art. 70 sconta, infatti, il suo essere il prodotto finale di iniziative singole e talvolta estemporanee, che hanno costellato le singole sedute nelle quali si è snodato il lungo e complesso iter parlamentare di approvazione della riforma costituzionale.

Il Senato partecipa alla formazione delle leggi che riguardano gli organi di governo, la legislazione elettorale, le funzioni fondamentali di Comuni e Città metropolitane, ma, per il resto, può esercitare un ruolo di scarsa intensità sulla produzione delle norme che concretamente incidono sull'autonomia amministrativa e finanziaria delle autonomie territoriali, e non ha un potere realmente inibitorio dinanzi alla scelta del Governo di far valere la clausola di supremazia nei confronti delle potestà legislative regionali, potendo, in tal caso, tutt'al più provocare il voto della Camera a maggioranza assoluta.

Tali incertezze si sommano alle previsioni sul nuovo iter legislativo, caratterizzato da molteplici differenziazioni procedurali, che paiono difficilmente sistematizzabili, e che sfociano in una pluralità di procedimenti¹⁵, tale da contraddire quelle superiori istanze di semplificazione e alleggerimento che, anche in questo caso, dovevano rappresentare il momento più qualificante dell'intervento riformatore; ciò con il rischio, peraltro, che il dubbio sul procedimento da seguire determini l'insorgere di conflitti tra le due Camere.

¹⁵ Tanto da portare all'individuazione, oltre al procedimento legislativo bicamerale, di ben otto altri procedimenti legislativi, vale a dire: «quello monocamerale, con la possibilità per il senato di richiedere modifiche o integrazioni; quello monocamerale con ruolo rinforzato per il senato nel caso di leggi espressive della c.d. clausola di supremazia; quello particolare relativo ai disegni di legge, ai sensi dell'art. 81, 4° comma, Cost.; quello abbreviato per ragioni di urgenza; quello "a data certa"; quello relativo a leggi di conversione di decreti-legge; quello per le proposte di legge di iniziativa popolare ed infine quello conseguente alla richiesta del senato, ai sensi dell'art. 71, 2° comma, Cost. In tal senso R. ROMBOLI, *Le riforme e la funzione legislativa*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2015, e E. ROSSI, *Procedimento legislativo e ruolo del Senato nella proposta di revisione della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2015, 203 ss.

3. *Il nuovo assetto dei rapporti Stato-Regioni*

Sul versante dei rapporti Stato-Regioni la legge di revisione imprime all'ordinamento una decisa svolta in senso centralistico.

Il testo della riforma non si limita a correggere alcune delle incongruenze che avevano caratterizzato la revisione del Titolo V, ma, in termini ben più ampi, rivela una ispirazione complessiva tale da sconfessare le ambizioni verso un regionalismo forte che avevano caratterizzato la legge costituzionale n. 3 del 2001.

L'attenzione viene posta, infatti, sulla previsione di istituti strumentali ad una netta centralizzazione delle funzioni verso lo Stato, con esiti che appaiono ben più marcati di quelli ascrivibili alle interpretazioni, invero già favorevoli alle istanze di unificazione, che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha proposto dal 2001 ad oggi.

A farne le spese è, primariamente, la potestà legislativa regionale, ora declinata, con l'eliminazione della potestà concorrente (un po' superficialmente imputata di aver cagionato l'incremento esponenziale dei ricorsi alla Corte), solo in termini di potestà esclusiva dello Stato e delle Regioni.

L'enumerazione delle materie si snoda in un elenco corposo di competenze statali, tutte di rilevanza sistemica, e formulate secondo la ben nota tecnica delle etichette ampie, idonee a manifestare una notevole potenzialità espansiva, al punto che si può immaginare senz'altro una tendenza alla onnicomprensività della legislazione statale.

A fronte di un catalogo così importante di funzioni statali, vi è, invece, una ben limitata previsione di materie spettanti in via esclusiva alle Regioni (non più di una quindicina), peraltro indicate secondo formule che non fanno presagire competenze normative dotate di un qualche spessore di reale rilevanza. Inoltre, non vengono incluse in questo elenco alcune materie che per tradizione storica, e per vocazione intrinseca, alle Regioni stesse dovrebbero spettare (ad esempio l'industria, l'attività estrattiva e mineraria, l'agricoltura).

È vero che rimane il criterio della residualità, per cui tutti gli oggetti non espressamente nominati nell'uno o nell'altro elenco dovrebbero intendersi di spettanza regionale, ma l'esperienza applicativa dell'art. 117, co. 4, insegna che tale criterio non necessariamente opera a vantaggio degli enti territoriali decentrati; tanto più che, in presenza di materie statali formulate in modo da legittimare interpretazioni fortemente espansive, i margini della residualità rimarranno del tutto esigui. Inoltre, sarà lo Stato, secondo il nuovo art. 119, a determinare concretamente l'autonomia finanziaria delle Regioni e degli Enti locali.

Ove questo non bastasse, viene comunque prevista la clausola di supremazia, che consente, su richiesta del Governo, l'attivazione di poteri statali di unificazione normativa tramite l'avocazione delle materie legislative regionali, qualora

ciò appaia giustificato dall'interesse nazionale, o da esigenze di unità giuridica o economica dell'ordinamento¹⁶.

Anche in questo caso, però, la previsione del testo costituzionale novellato va oltre gli esiti che la giurisprudenza costituzionale aveva già raggiunto con il meccanismo della sussidiarietà legislativa. La legge di revisione, infatti, recepisce solo parzialmente il sistema costruito dalla Corte: viene razionalizzata la possibilità che lo Stato proceda, quando necessario, all'unificazione legislativa, superando la separazione delle competenze prevista dall'art. 117, ma, stranamente, non vengono incorporati quei contrappesi procedurali di stampo collaborativo che il giudice delle leggi aveva sempre ritenuto necessari per compensare la sottrazione di potestà legislativa subita dalle Regioni.

Il meccanismo dell'intesa tendeva, infatti, a consentire che le Regioni recuperassero, in termini di negoziazione politica, ciò che avevano perso sul piano dell'esercizio delle proprie competenze, e dava corpo e realizzazione al principio della leale collaborazione come criterio ispiratore dei rapporti con lo Stato. Al contrario, il nuovo testo costituzionale non recepisce affatto i meccanismi collaborativi atti a stemperare la primazia statale, che, dunque, viene codificata in termini assoluti.

Non vale, infatti, a costituire un adeguato contrappeso a una simile verticalizzazione la previsione di cui al nuovo art. 70., co. 4, per cui il Senato può proporre modificazioni sulle leggi espressive della clausola di supremazia, provocando, nel caso in cui la Camera non intenda uniformarsi, il voto a maggioranza assoluta. Si tratta, infatti, di un correttivo che rivela tutta la sua debolezza ove si pensi che la nuova legge elettorale garantisce già la maggioranza assoluta della Camera dei deputati alla forza politica che vinca le elezioni.

Né si può ritenere, per le ragioni sopra esposte, che il nuovo assetto strutturale del Senato possa valere, più in generale, ad introdurre elementi che, associando pienamente i livelli regionali nel momento generativo delle decisioni parlamentari, attenuino la valenza fortemente centralistica della nuova disciplina costituzionale.

Ci si potrebbe a questo punto chiedere se tutto ciò non contraddica le istanze autonomistiche dell'art. 5 Cost., che pone il carattere poliarchico e policentrico come elemento indefettibile dell'ordinamento repubblicano. Tanto più in un contesto in cui gli effetti di stabilizzazione del raccordo tra maggioranza politica e Governo, indotti dal sistema elettorale, saldati al fatto che la funzione di indirizzo politico si incentra nel binomio Camera dei deputati-Esecutivo, potrebbero essere tali da valorizzare la necessità dei contrappesi connessi alla ripartizione verticale del potere legislativo tra il livello statale e quello regionale¹⁷.

Non poche perplessità suscita, infine, l'esclusione delle Regioni speciali

¹⁶ V. il nuovo art. 117, comma 4.

¹⁷ Cfr. G. SCACCIA, *Intervento*, cit., p. 2-3.

dall'applicazione della riforma, dovendosi per esse attendere, ai sensi dell'art. 39, co. 13, della legge Renzi-Boschi, la revisione dei rispettivi statuti, da effettuarsi sulla base di apposite intese.

La suddetta disposizione rischia però di avere effetti che vanno ben al di là di quelli che ci si aspetterebbe da una norma transitoria, perché va ad incidere sul procedimento di revisione degli statuti speciali, subordinandolo alla clausola pattizia, che impone la previa intesa con la Regione interessata.

Dunque, senza l'accordo con le Regioni speciali, le competenze che i rispettivi statuti assegnano loro non potranno essere incise, con il risultato che il riaccentramento delle funzioni legislative operato dalla riforma costituzionale non opererà per le Regioni ad autonomia differenziata, in palese contraddizione con le ragioni di semplificazione e di razionalizzazione che lo giustificano: se l'esigenza di fondo è quella di eliminare i fattori di differenziazione che ostacolano politiche unitarie sui grandi temi, creando una base giuridica e amministrativa omogenea per gli operatori economici in tutto il territorio nazionale, in modo che questi non siano scoraggiati dalle distinzioni tra le Regioni, la scelta di non incidere sull'ordinamento delle Regioni a statuto speciale appare difficilmente comprensibile. Si rischia, infatti, di continuare ad alimentare tutte le incertezze che da sempre hanno caratterizzato, con effetti fortemente incrementali della conflittualità costituzionale, la configurazione esatta dei rapporti tra i titoli di legittimazione legislativa previsti dagli statuti speciali e la normazione statale.

Dunque, anche da questo punto di vista pare doversi escludere che la riforma costituzionale sia calibrata in modo da condurre ad esiti certi, posto che la tendenza statalista che vale per le regioni ordinarie non vale, invece, per le speciali, con tutti gli effetti che ne conseguono sul piano della mancanza di chiarezza nella ripartizione delle competenze.

4. *Gli effetti complessivi sulla forma di governo*

A parte gli adattamenti resi necessari dalla riforma del bicameralismo paritario, ovvero connessi alla circostanza che il Senato viene escluso dal circuito fiduciario¹⁸, incentrato ora nel binomio Camera dei deputati-Governo, non vi è nella legge di revisione alcuna disposizione che formalmente e direttamente incida sulla disciplina del Governo come organo costituzionale.

Né vengono introdotti istituti espressamente funzionali alla stabilizzazione del rapporto di indirizzo politico¹⁹.

¹⁸ Cfr. il nuovo art. 94, e l'art. 96, che attribuisce conseguenzialmente alla sola Camera l'autorizzazione a sottoporre a giudizio i membri del Governo per reati ministeriali.

¹⁹ Quali potrebbero essere l'elettività del Capo del Governo, la sfiducia costruttiva, o un potere del Presidente del Consiglio di nomina e revoca dei Ministri.

Non si può dubitare, però, che, ad una lettura sistematica della legge Renzi-Boschi, il complesso delle innovazioni che essa determina fa risultare un apparato di istituti che, collegati tra loro, sono suscettibili di spostare gli equilibri della forma di governo a netto vantaggio del ruolo dell'Esecutivo, e, dunque, del Presidente del Consiglio.

Tale rafforzamento trova un presupposto cruciale nella disciplina del sistema elettorale: è noto, del resto, che le modifiche di tale disciplina si riflettono immediatamente sugli equilibri di potere che inquadrano il ruolo e il funzionamento degli organi costituzionali, inducendone spostamenti significativi verso diverse forme di declinazione del parlamentarismo²⁰: pur rimanendo inalterati, in questo caso, gli artt. 92 e 95 della Costituzione, e senza che venga sotto altri aspetti inciso l'articolato costituzionale sulla forma di governo, non si può dubitare che quest'ultima conoscerà rilevanti cambiamenti, contrassegnati da un rafforzamento strutturale e funzionale, anche se indiretto²¹, dell'Esecutivo.

La nuova legge elettorale combina, per l'elezione della Camera dei deputati, la formula proporzionale con un forte premio di maggioranza, operante a favore non più di una coalizione, ma di una lista che, avendo ottenuto almeno il 40% dei voti validamente espressi o essendo prevalsa al ballottaggio, sia risultata vincitrice. Ne deriva che un'unica forza politica, quella che l'applicazione dell'*Italicum* identificherà come maggioranza assoluta alla Camera, esprimerà al contempo l'istanza di governo, con un sensibile cambiamento nella configurazione del rapporto di fiducia.

Questo non solo incrementerà la capacità decisionale dell'Esecutivo, ma avrà ricadute a cascata sul funzionamento degli istituti di garanzia: anche da questo punto di vista l'equilibrio finora assicurato dal sistema vigente risulterà profondamente inciso.

Infatti, le regole procedurali che presiedono alla formazione delle istituzioni di garanzia hanno garantito, finora, la compartecipazione nelle relative decisioni delle forze di maggioranza e di opposizione, nell'ottica di un parlamentarismo contrassegnato dal pluralismo della rappresentanza politica.

La revisione costituzionale, abbinata al nuovo sistema elettorale, può determinare, invece, una situazione in cui, concentrandosi il rapporto di fiducia nella sola Camera dei deputati, ed avendosi, in quest'ultima, una drastica semplificazione della dialettica politica, con una forza che integrerà già la maggioranza assoluta, i quorum richiesti per l'elezione di alcune fondamentali figure di garanzia perderanno la loro valenza equilibratrice del sistema.

Si pensi all'elezione dei presidenti delle Camere, o all'elezione del Capo dello Stato, in relazione alla quale non poche perplessità suscita il nuovo art. 83 Cost.,

²⁰ Cfr., per tutti, L. ELIA, *Governo (forme di)*, in E.d.D., vol. XIX, *ad vocem*.

²¹ Cfr. E. DE MARCO, *Spunti di riflessione sulla riforma costituzionale "Renzi-Boschi". Una riforma ormai improcrastinabile non priva peraltro di ambiguità e nodi irrisolti*, in *www.rivistaaic.it.*, n. 2/2016, 8 e ss.

secondo cui, a partire dal settimo scrutinio, basterà la maggioranza dei 3/5 dei presenti: è stato evidenziato, infatti, che detto quorum integra una soglia meno garantista di quello attualmente previsto, con la possibilità che la forza politica che vince le elezioni conquisti facilmente la Presidenza della Repubblica²².

Ma si pensi anche all'elezione dei 5 giudici della Corte costituzionale, all'elezione parlamentare di un terzo dei componenti del CSM, e alla nomina delle Autorità amministrative indipendenti, tutte disciplinate secondo modalità che presupponevano un diverso e più articolato assetto della rappresentanza politica parlamentare.

Dunque, la revisione costituzionale non fa conseguire al rafforzamento dell'Esecutivo un proporzionale innalzamento del livello delle garanzie costituzionali: ne risulta un indebolimento complessivo della dialettica politico-partitica che ridonda a danno del ruolo delle minoranze, con effetti di non poco momento sulla connotazione del parlamentarismo, e, quindi, della forma di governo.

Il rafforzamento dell'Esecutivo si evidenzia, inoltre, sotto un altro aspetto, relativo all'incremento dei poteri normativi di cui esso dispone.

Le statistiche delle ultime legislature evidenziano già come il Governo sia divenuto, specularmente al suo rafforzamento negli equilibri istituzionali, il propulsore principale della produzione normativa nel nostro ordinamento: decreti-legge e decreti legislativi, sopravanzando di gran lunga il numero delle leggi parlamentari, costituiscono, da tempo, la parte preponderante quantitativamente, oltre che più significativa sul piano qualitativo, della legislazione prodotta negli ultimi anni; senza contare l'estensione del ricorso ai regolamenti di delegificazione, o, addirittura ai decreti non aventi natura regolamentare.

La revisione costituzionale viene ora a dotare il Governo di poteri normativi ulteriori: il nuovo art. 72, ultimo comma, prevede, infatti, il cosiddetto “voto a data certa”, ovvero la possibilità che esso chieda alla Camera dei deputati di deliberare, entro cinque giorni dalla richiesta, che un disegno di legge – essenziale per l'attuazione del programma di Governo e tranne che nei casi di contraria disposizione costituzionale – sia iscritto con priorità all'ordine del giorno e sottoposto alla votazione finale entro settanta giorni dalla deliberazione, termine suscettibile di essere differito, per altri 15 giorni, in relazione ai tempi di esame da parte della commissione nonché alla complessità del disegno di legge.

²² Il novellato art. 83 Cost. prevede che dopo il terzo scrutinio si passi dalla vigente maggioranza assoluta (500 voti), a quella dei 3/5 della stessa assemblea (438 voti sui 730 componenti il parlamento in seduta comune), con la precisazione che dopo il sesto scrutinio detta quota sia rapportata non più ai componenti ma ai soli votanti (art. 83, co. 3). Nel caso, estremo, ma pur sempre suscettibile di verificarsi, che i votanti siano 366 (soglia equivalente al numero minimo dei componenti della maggioranza dell'assemblea, richiesta per la validità delle sedute dall'art. 64 Cost.), il numero dei voti occorrenti per l'elezione del Presidente della Repubblica potrebbe essere di appena 220 (i 3/5 di 366), ovvero un numero di preferenze così esiguo da essere inferiore al premio dei 340 seggi assegnati alla lista vincente dall'*Italicum*.

Ed è sempre il Governo che propone l'attivazione della clausola di supremazia a discapito della competenza normativa delle Regioni ai sensi del nuovo art. 117, co. 4.

Dunque, l'obiettivo della governabilità viene perseguito anche attraverso l'articolazione di regole procedurali di esercizio della funzione legislativa ispirate alla valorizzazione del principio di maggioranza, e alla contrazione dei tempi di decisione, soprattutto al Senato²³. Ciò, sommato ai cambiamenti strutturali di cui si è detto sopra, ovvero alle debolezze della nuova disciplina sulla composizione del Senato, al depauperamento della consistenza rappresentativa della Camera dei deputati in conseguenza delle semplificazioni indotte dal sistema elettorale, alla stabilizzazione del rapporto di fiducia, non può che comportare scostamenti significativi sul piano delle dinamiche di funzionamento della forma di governo, nel senso di un incremento importante del ruolo dell'Esecutivo.

5. *Considerazioni conclusive.*

Le considerazioni suesposte mettono chiaramente in luce tutte le contraddizioni e le aporie che caratterizzano i contenuti della riforma, al punto da revocare in dubbio che si possa tracciare una relazione di congruenza delle innovazioni che essa reca rispetto agli obiettivi dichiarati, e da porre interrogativi di non poco momento sulla effettiva capacità razionalizzatrice della novella costituzionale.

Ciò appare evidente se si ha riguardo ai punti qualificanti dell'intervento riformatore.

Circa la trasformazione del bicameralismo, con la riduzione del numero dei Senatori e la differenziazione funzionale delle due Camere, le soluzioni adottate appaiono caratterizzate da una intrinseca debolezza, derivante dalla evidente distonia tra le scelte strutturali sulla composizione del nuovo Senato, e le competenze di cui esso continua ad essere depositario. Alcune di queste competenze, declinate nella partecipazione alla formazione delle leggi bicamerali, esprimono, infatti, un notevole grado di intensità politica, riferibile ad istanze ordinamentali unitarie, che appaiono sproporzionate rispetto ad una Camera che non è più espressiva di una rappresentanza nazionale.

²³ Vanno in questa direzione la previsione dell'art. 70, co. 4 (in tema di deliberazione della C.d.D. a maggioranza assoluta, nel caso della decisione di non conformarsi alle modificazioni proposte dal Senato su un disegno di legge); dell'art. 71, co. 2 (circa la deliberazione del Senato a maggioranza assoluta, per la richiesta alla Camera di esaminare un ddl); dell'art. 70, co. 3 (sui tempi di deliberazione delle modifiche ad un ddl disposte dal Senato, fissati in 30 giorni); dell'art. 70, co. 4 (per l'esame in Senato di leggi che danno attuazione all'art. 117, c. 4., che deve concludersi entro 10 giorni dalla trasmissione); dell'art. 70, co. 5, per l'esame in Senato dei ddl di approvazione del bilancio (15 gg. dalla trasmissione); oltre che dell'art. 72, ultimo comma, sui cosiddetti ddl a data certa.

Di contro, in maniera del tutto contraddittoria, il nuovo Senato, che dovrebbe essere una camera rappresentativa delle autonomie territoriali, appare privo delle funzioni che gli consentirebbero un intervento determinante su tutte le questioni che al decentramento sono connesse, o che hanno una portata decisiva sulla dimensione finanziaria e normativa dell'autonomia regionale.

La strumentazione predisposta dalla legge di revisione, dunque, non essendo idonea alla configurazione di una seconda Camera espressiva di una rappresentanza autenticamente territoriale, non pare coerente con il ruolo che, invece, il Senato dovrebbe assumere nel nuovo assetto costituzionale,

Né si può accedere all'argomento secondo cui il superamento del bicameralismo paritario sveltirebbe l'iter legislativo, rendendo più efficienti ed efficaci i processi decisionali, quando, come si è visto, non è detto che questo risultato possa essere realmente conseguito dalla riforma: il nuovo art. 70 si è già prestato a plurime e diverse interpretazioni sull'individuazione esatta delle nuove regole procedurali, cosa questa, che fa facilmente presagire il fiorire delle incertezze sulla riconducibilità dei singoli oggetti normativi a questo o quel procedimento, con esiti prevedibili sul piano della conflittualità tra le due Camere.

Non si può poi sottacere che i problemi della nostra legislazione, più che risiedere nel preteso rallentamento indotto dai passaggi tra le due Camere, si possono ricondurre ad altri elementi: la scarsa attenzione all'esigenza di scrivere leggi chiare e coerenti, per cui spesso si rende necessario il ricorso ad interpretazioni autentiche, o l'approvazione frequente di leggi che rinviando per la loro applicazione a successivi decreti, alimentando il fenomeno delle leggi che restano inapplicate per difetto delle norme attuative, o, comunque, ponendo discipline che, risultando da una stratificazione di atti diversi che si susseguono nel tempo, pongono agli operatori dubbi di ordine interpretativo-applicativo, con il risultato di vanificare spesso l'efficacia degli interventi riformatori.

Anche sul versante del regionalismo la revisione costituzionale non sembra idonea a perseguire l'obiettivo dichiarato del riordino effettivo del riparto delle competenze legislative. La lettera del nuovo art. 117, infatti, si caratterizza per l'attribuzione allo Stato, per molte materie, di una potestà normativa declinata con riferimento alle sole "norme di principio"²⁴, o alle "disposizioni generali e comuni"²⁵, mentre alle Regioni viene riconosciuto un intervento, nelle stesse materie di potestà statale, limitato alla "valorizzazione" o "promozione"²⁶. Permangono, dunque, dei profili di incertezza sulla definizione esatta dei predetti

²⁴ V. Part. 117, co. 2, lett. p) in materia di forme associative dei Comuni.

²⁵ V. Part. 117, co. 2, lett. m) in tema di tutela della salute, di politiche sociali e di sicurezza alimentare; lett. n) in materia di istruzione; lett. o), in materia di istruzione e formazione professionale; lettera s), con riguardo alle attività culturali ed al turismo; lett. u), per il governo del territorio.

²⁶ V. Part. 117, co. 3 in tema di sviluppo economico locale; di diritto allo studio; di beni ambientali culturali e paesaggistici, di turismo.

confini, che prevedibilmente si proietteranno sul piano del contenzioso costituzionale.

Inoltre, come si è detto, la codificazione di clausole preordinate all'unificazione legislativa evidenzia la tendenza a favorire l'accentramento statale dei poteri di decisione politica su materie regionali, secondo modalità e strumenti che contribuiscono a rafforzare, anche per questi aspetti, il ruolo del Governo.

Ed invero, appare indubitabile che l'impianto complessivo della riforma va verso il rafforzamento, seppure indiretto, del ruolo dell'esecutivo nella forma di governo, con scelte che privilegiano le procedure di maggioranza, finalizzate all'esigenza di economizzare i tempi delle decisioni politiche, a discapito, però, dei tempi e dei modi del dibattito parlamentare, con il serio pericolo che il confronto tra le forze politiche si risolva in una mera presa d'atto delle decisioni del Governo.

Si vuole con ciò rispondere all'argomento pressante a favore di esecutivi forti, alla necessità di correggere alcune delle degenerazioni della democrazia parlamentare, secondo scelte che possono essere efficaci solo a condizione che, al contempo, siano predisposti i meccanismi idonei a rivitalizzare la rappresentanza politica, piuttosto che a renderla più asfittica di quanto già non sia.

La novella costituzionale, invece, omette del tutto di riequilibrare il ruolo delle opposizioni politiche nelle due Camere, aggravando i difetti del nuovo sistema elettorale, che determina già il sottodimensionamento della consistenza rappresentativa delle minoranze in Parlamento.

L'obiettivo di assicurare la tenuta dell'azione di governo sembra essere perseguito attraverso il ridimensionamento del peso e ruolo delle minoranze; ma il rischio che si corre, in tal modo, è quello di alimentare ulteriormente il declino della partecipazione nei partiti e nella politica elettorale: la fiducia dei cittadini nei partiti politici, o nella responsabilità delle istituzioni di vertice non può essere veicolata da scelte di ingegneria costituzionale che concentrino il potere nelle mani dell'esecutivo, senza che, al contempo, vengano adeguatamente corroborati gli strumenti che danno voce al confronto tra le posizioni politiche.

Se la legittimazione delle istituzioni non è un dato, ma un processo che richiede di essere continuamente alimentato tramite l'incorporazione delle esigenze, plurime, che emergono dalla società, il dibattito sulla riforma è inadeguato e fuorviante: non si tratta, infatti, di dare nuova vitalità all'assetto istituzionale incrementando la governabilità, o, comunque, modificando l'equilibrio tra i poteri, tanto più aumentando il peso dell'esecutivo, ma di trovare quegli strumenti che possano porre rimedio all'esercizio di una politica poco responsiva, al fenomeno per cui le istituzioni appaiono sempre più scollegate dai cittadini, inefficienti e dispendiose, incapaci di sintetizzare i bisogni di una società complessa.

La novella costituzionale sembra invece muoversi nella direzione contraria: i canali di accesso del pluralismo politico-sociale all'area della rappresentanza poli-

tica vengono drasticamente ridimensionati, con effetti di sovradimensionamento parlamentare di una forza politica, e, di conseguenza, con un correlativo assottigliamento della valenza democratico-pluralistica delle strutture istituzionali.

La credibilità delle istituzioni non può peraltro recuperarsi semplicemente spingendo in avanti la governabilità, attraverso una revisione costituzionale di cui è facile revocare in dubbio, come si è visto, la coerenza interna.

L'ammodernamento delle procedure nel nome della capacità di decisione politica, infatti, non basta a colmare il vuoto di partecipazione che soffia sul vento dell'antipolitica, non basta a coinvolgere il corpo elettorale, che, al contrario, per gli effetti del nuovo sistema di formazione della Camera rischia di essere sempre più spinto nell'angolo dell'insignificanza politico-rappresentativa.

Se in un periodo di grandi incertezze sociali ed economiche i cittadini aspirano a poter depositare la loro fiducia nelle mani di governi capaci di decidere e di agire, tale aspirazione si accompagna al bisogno, non meno pressante, per processi politici più trasparenti e leggibili, più comprensibili: l'elettorato, infatti, chiede un sistema complessivo di governance politica che integri una rappresentanza concreta, nel quale le grandi questioni politiche siano affrontate in una prospettiva che si avvicina alle sue esigenze.

Il corpo elettorale deve poter contare su dinamiche di indirizzo politico che consentano di evidenziare i principi di base e gli obiettivi dell'agire pubblico, e i mezzi per conseguirli; su proposte che siano rapportabili alla fenomenologia delle questioni sociali ed economiche, e sulle quali si possa esprimere o meno il consenso.

Su questo versante le scelte della revisione appaiono carenti, incentrate, come sono, su una prospettiva tecnico-procedurale che non riesce a lambire l'ambito delle dinamiche sociali che animano il corpo elettorale, e che, al contrario, alimenta i timori per una sorta di minimalismo democratico, ove è drasticamente depauperata anche la partecipazione dei corpi intermedi e dei partiti, il cui ruolo appare notevolmente sminuito.

In altre parole, il fatto che la novella costituzionale non esprima un nuovo patto di cittadinanza, fa sì che la scelta apodittica per un sì o per un no, confinata nei limiti angusti del prendere o lasciare, alimenti, piuttosto che sanare, la sfiducia degli elettori, che si sentono posti dinanzi ad uno scontro, piuttosto che realmente coinvolti nei contenuti sostanziali di un vero confronto.

Abstract

Reflections upon the constitutional review between reform processes
and crisis of political representation

by Ornella Spataro

The law of constitutional amendment for which we will vote on December 4 puts citizens before large uncertainties. On the one hand it is presented as a response to unpostponable demands for reform, on the other involves some of the fundamental Italian institutions, operating controversial choices on the level of constitutional law. The constitutional reform provides the transformation of equal bicameralism, with consequential changes to the legislative process, the review of relations between State and Regions, the reform of the participating institutions, the abolition of Provinces and CNEL, with system effects that have major repercussions on the overall dynamics of the form of government. The present comment puts in evidence the lights and shadows of the constitutional reform, in order to verify if there is the possibility of identifying a relationship of congruence between the political aims that are invoked to justify it, and the legal instruments that in view of the abovementioned objectives are prepared.

Il nuovo codice dei contratti pubblici: cronaca di una rivoluzione (solo) annunciata

di Annalaura Giannelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I contenuti del processo di rinnovamento. – 3. La semplificazione del sistema delle regole. L'approccio meramente quantitativo. – 4. Segue. Ciò che "resta fuori" dal Codice. – 5. Segue. Semplificazione e divieto di *gold plating*. – 6. L'incremento degli standard di qualità degli acquisti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti. – 7. Segue. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. – 8. Conclusioni.

1. Premessa

Il diritto dei contratti pubblici vive una stagione di intensi cambiamenti culminata, come noto, nell'entrata in vigore del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ossia del nuovo Codice dei contratti pubblici. Quest'ultimo viene unanimemente presentato, per molti versi a ragion veduta, come un autentico punto di svolta in materia di attività negoziale delle pubbliche amministrazioni. Il nuovo testo, effettivamente, è foriero di importantissime novità che interessano gran parte degli istituti tradizionali in tema di gare pubbliche. Tali novità possono essere analizzate in modo puntiforme, ossia prendendo in considerazione nel dettaglio i tratti di discontinuità che si rintracciano nella disciplina dei singoli istituti. L'obiettivo del presente contributo è, tuttavia, diverso, e consiste piuttosto nell'offrire qualche spunto di riflessione sul tipo di "filosofia" di cui il nuovo Codice intende essere portatore.

Le dichiarazioni politiche che hanno accompagnato l'emanazione del Codice prefiguravano, con toni piuttosto enfatici e non immuni da una certa retorica, una riforma strutturale¹ preordinata ad innescare un processo di rinnovamento culturale, a sua volta teso a rivitalizzare il mercato delle commesse pubbliche e, per questa via, a contrastare la persistente crisi economica.

A fronte di tali impegnative premesse l'attenzione dell'interprete non può, quindi, che indirizzarsi verso una preliminare verifica circa la concreta verosimiglianza della rivoluzione copernicana prefigurata.

¹ «Una riforma che (...) mira a rendere il sistema dei lavori pubblici e delle concessioni un sistema europeo: semplificazione, trasparenza, lotta alla corruzione e qualità sono gli elementi chiave», queste le dichiarazioni del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti al termine del Consiglio dei Ministri del 3 marzo 2016 che ha approvato il testo del nuovo Codice. In termini altrettanto enfatici si è espresso anche il Presidente dell'Anac Cantone, il quale, in sede di audizione dinanzi alle Commissioni riunite Ambiente di Camera e Senato, ha definito il nuovo Codice «una piccola rivoluzione copernicana nel sistema degli appalti nel nostro paese».

Muovendo da questa prospettiva verranno, di seguito, analizzati tre distinti profili.

Il primo concerne l'individuazione dei contenuti essenziali del processo di rinnovamento che il nuovo Codice dovrebbe attivare.

Il secondo riguarda, invece, gli strumenti concreti a cui il legislatore si è affidato per realizzare i predetti obiettivi di rinnovamento.

Il terzo, infine, consiste nella valutazione circa l'effettiva idoneità di tali strumenti a garantire il perseguimento degli ambiziosi obiettivi che il legislatore europeo e, di riflesso, nazionale, si sono prefissi.

2. I contenuti del processo di rinnovamento

I tratti caratterizzanti ogni processo di rinnovamento possono, ovviamente, apprezzarsi solo tenendo presenti le caratteristiche dell'assetto previgente. Quest'ultimo, in materia di contratti pubblici, è rappresentato dalle direttive unificate del 2004² e dal d. lgs. n. 163/2006 di recepimento delle medesime. La logica ispiratrice di questo corpus normativo era facilmente percepibile: la dichiarata volontà di predisporre un assetto di regole orientato ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di accesso al mercato delle commesse pubbliche³. L'attenzione del legislatore si appuntava prioritariamente sugli aspiranti appaltatori e sul regime concorrenziale in cui essi dovrebbero potersi confrontare. La concorrenzialità degli affidamenti pubblici era considerata non tanto, e comunque non solo, come mezzo per assicurare alle stazioni appaltanti l'individuazione del miglior contraente, ma anche e soprattutto come un fine in sé, riconducibile, in definitiva, all'obiettivo della salubrità dei mercati, nell'ottica più ampia della tutela delle libertà di circolazione sancite dai Trattati europei. Il baricentro del sistema normativo coincideva, pertanto, con la salvaguardia della

² Dir. 2004/18/CE e dir. 2004/17/CE.

³ Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro amm.*, 2007, 3026. In dottrina: M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 2, 297; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattualistica pubblica*, in AA. VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, 317; M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2015, 420; A. POLICE, *Prime riflessioni su semplificazione e evidenza pubblica nei contratti della p.a.*, in questa *Rivista*, 2008, n. 3/4, 691; G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori*, in AA. VV., *Gli appalti di lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, a cura di G. GRECO, Milano, 1992, 12; F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti*, Napoli, 2010; F. ASTONE, *Il recepimento della direttiva ricorso: profili problematici delle scelte operate dal legislatore nazionale*, in questa *Rivista*, 2010, n. 1, 5; S. DETTORI, *Il ruolo dei principi nella disciplina dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2012, n. 2, 289; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 4; S. VILLAMENA, *Rassegna di giurisprudenza dei Tribunali amministrativi Regionali (luglio – novembre 2006). Speciale sul nuovo codice dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2006, n. 4/6, 1011.

imparzialità e trasparenza degli affidamenti⁴. Più in ombra, di contro, risultava il tema della efficienza della spesa pubblica derivante dall'aggiudicazione delle commesse, ossia la preoccupazione di predisporre regole che consentissero alle amministrazioni di "comprar bene", procurandosi opere, beni o servizi in grado di soddisfare, in termini economicamente efficienti, i propri fabbisogni.

Le conseguenze pratiche di tali premesse sono state molteplici. Tra queste ve ne sono almeno tre di primario rilievo.

La prima consisteva nella spiccata diffidenza verso le procedure negoziate, la cui intrinseca flessibilità ne ha determinato la marginalizzazione nel panorama delle procedure esperibili. Il Codice del 2006, in definitiva, consentiva il ricorso a tali procedure solo in circostanze eccezionali⁵, per lo più coincidenti con le ipotesi di insuccesso della previa celebrazione di una procedura ordinaria, aperta o ristretta. Tale eccezionalità si riscontrava anche nell'area del sotto-soglia, nella quale l'assetto delle procedure esperibili risultava sostanzialmente corrispondente a quello vigente nell'area del sopra-soglia. In estrema sintesi, al fine di scongiurare rischi di collusioni e opacità nei processi di selezione del contraente privato, il sistema esprimeva una avversione verso ogni forma di interlocuzione tra stazione appaltante e operatori economici.

La seconda conseguenza risiedeva nel regime di equiparazione tra i due criteri di aggiudicazione: quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come noto la cd. legge Merloni⁶ accordava al criterio del prezzo più basso una chiara posizione di primazia: gli appalti erano affidabili unicamente mediante tale criterio, con l'unica eccezione dei casi di affidamento di appalti mediante appalto – concorso. Ciò sulla scorta dell'idea secondo cui l'automatismo insito nel criterio del prezzo più basso di per sé rappresentasse una garanzia di imparzialità e trasparenza nella selezione del contraente. La Corte

⁴ «Which is the proper hierarchy among the public tender objectives?» si chiede O. DEKEL in un noto saggio del 2008 (*The legal theory of competitive bidding for government contracts*, in *Public contract law journal*, 256). La risposta che il legislatore europeo del 2004, e di riflesso quello italiano del 2006, avrebbero dato a questa domanda è molto semplice, e consiste nella primazia del valore della concorrenza, anche qualora esso entri in frizione con valori come l'efficienza economica degli acquisti (si pensi, ad esempio, al fenomeno della rinegoziazione dei contratti di lunga durata, fenomeno che presenta delle criticità sul piano della possibile elusione del principio di concorrenza ma che, al contempo, spesso rappresenta per le stazioni appaltanti il mezzo per adeguare i rapporti in corso alla mutevolezza dei propri fabbisogni).

⁵ S. DETTORI, *Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato. Speciale in tema dell'urgenza nei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2010, n. 2, 501.

⁶ Cfr. Part. 21, comma 1 della l. 11 febbraio 1994, n. 109. Tale articolo è stato mitigato con l'entrata in vigore della l. 1 agosto 2002, n. 166 (cd. "Merloni-quater") che ha consentito il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella licitazione privata e nel pubblico per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria in cui vi sia prevalenza della componente tecnologica o particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali.

di giustizia, come noto, ha imposto il superamento di tale regime⁷. Il Codice del 2006 in conformità ha, pertanto, equiparato i due criteri: la scelta in favore dell'uno o dell'altro criterio è stata, dunque, rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, le quali fino al recente passato hanno potuto legittimamente optare per il criterio automatico del prezzo più basso anche a fronte di procedure volte all'acquisizione di opere, beni o servizi complessi, e dunque soggetti ad un ampio spettro di variabili qualitative.

La terza conseguenza dell'impostazione pro-concorrenziale espressa dal Codice del 2006 consisteva nel tendenziale disinteresse del legislatore nei confronti della fase di esecuzione del contratto pubblico⁸. L'idea prevalente, infatti, era quella secondo cui l'esigenza di tutela della concorrenza, considerata quale obiettivo principale della disciplina sull'evidenza pubblica, si esaurisse nella fase di aggiudicazione. La fase di esecuzione delle prestazioni, di contro, veniva tendenzialmente considerata priva di rilievo, e ad essa venivano dedicate quindi solo poche previsioni normative⁹.

A fronte di uno scenario connotato nei termini appena descritti occorre interrogarsi sui tratti innovativi impressi dalla recentissima riforma, la quale – preme sottolinearlo – interviene dopo soli dieci anni rispetto alla precedente codificazione.

L'ultimo decennio è stato senza dubbio contrassegnato dalla crisi economica, la quale per definizione implica scarsità di risorse disponibili e, dunque, necessità di efficientamento della spesa pubblica.

In questo contesto ha cominciato ad affiorare nel dibattito politico la con-

⁷ Corte di giust., 7 ottobre 2004, C-247/02, in *Urb. app.*, 2004, 1272. La questione era stata rimessa alla Corte di giustizia dal Tar Lombardia, Sez. I, 26 giugno 2002, n. 996, in *Foro amm.*, 2005, 17.

⁸ Questo tema è emerso anche nel dibattito politico sul disegno di legge delega preordinato al recepimento delle direttive UE del 2014, nel corso del quale si è giustamente riscontrato come «la fase di esecuzione del contratto resta troppo spesso un fatto privato tra stazione appaltante ed esecutore, un fatto “opaco”» dichiarazione dell'On. Mariani, Commissione Ambiente, territorio e lavori pubblici presso la Camera dei deputati (VIII), seduta del 2 luglio 2015.

⁹ Come rileva G.D. COMPORI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi*, 2015, «La direttiva 2004/18 dedicava all'esecuzione un solo articolo (il 26), volto a garantire il possibile inserimento nei bandi di gara o nei capitolati d'oneri di condizioni particolari anche di tipo sociale ed ambientale». Anche la dottrina che si è occupata di contratti pubblici tendenzialmente non ha dedicato molta attenzione alla fase post-stipulazione, con alcune, importanti eccezioni: A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325; G. CREPALDI, *L'esecuzione del contratto*, in C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso o nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014, 109; A. MASSERA, *Lo Stato che contrae e che si accorda*, Pisa, 2011, 22; M.E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011. Sia consentito, infine, rinviare anche a A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012.

sapevolezza del fatto che l'ordinamento (europeo e, di riflesso, nazionale) non potesse più trascurare, o comunque sottovalutare, il tema della qualità degli approvvigionamenti pubblici. La normativa sull'evidenza pubblica avrebbe, pertanto, dovuto assumere, tra i propri obiettivi prioritari, la predisposizione di regole idonee ad assicurare alle stazioni appaltanti la possibilità di comprare in modo soddisfacente rispetto ai propri fabbisogni e, al tempo stesso, di gestire efficacemente la fase di esecuzione contrattuale. L'attenzione del legislatore, dunque, in questa nuova prospettiva non si appunta più solo sulla tutela degli operatori economici e delle pretese di concorrenzialità di cui essi sono titolari, ma comprende anche la stazione appaltante, cui fa capo l'imprescindibile necessità di acquisire opere, servizi e forniture qualitativamente adeguati ed economicamente convenienti.

A fronte di tale rinnovato panorama di obiettivi occorre, quindi, riferire su quelle che sono state le scelte del legislatore del nuovo Codice finalizzate al perseguimento dei medesimi obiettivi.

Tali iniziative si sono essenzialmente orientate lungo tre direttrici, non prive di intersezioni: la semplificazione del sistema delle regole, la flessibilizzazione delle procedure e la maggiore attenzione al tema della qualità degli acquisti.

3. *La semplificazione del sistema delle regole. L'approccio meramente quantitativo*

Il nuovo Codice scaturisce da un dichiarato intento di semplificazione della normativa in materia di gare, intesa anche in termini di riduzione del numero delle disposizioni ad esse applicabili. Ciò sulla scorta dell'idea per cui riducendo l'entità delle disposizioni da osservare si realizzi l'obiettivo della maggiore conoscibilità delle disposizioni medesime e, per questa via, della loro maggiore effettività.

In quest'ottica occorre quindi interrogarsi sulla concreta rispondenza del nuovo Codice rispetto a tali obiettivi. Vi sono molti modi per tentare di rispondere a questo interrogativo. Quello più semplice, ma – come si dirà – meno appagante, si fonda sul mero approccio numerico/quantitativo. Il Codice del 2006 si componeva di 274 articoli, ai quali si aggiungevano i 359 del regolamento attuativo, per un totale di 633 articoli. Di contro, il nuovo Codice si compone di soli 219 articoli e, come noto, non si correda di alcun regolamento attuativo.

Si sarebbe, dunque, tentati di concludere ascrivendo al d.lgs. n. 50/2016 un notevole impatto semplificatorio¹⁰.

Tuttavia, per ponderare l'effettività della semplificazione conseguita dal

¹⁰ «Si passa dal vecchio Codice da 660 articoli e 1500 commi a 217 articoli e quindi c'è una grandissima semplificazione». Con queste parole il Ministro Delrio ha pubblicamente commentato l'approvazione da parte Consiglio dei Ministri, in data 3 marzo 2016, della bozza di Codice.

legislatore del 2016 occorre necessariamente prendere in considerazione la controversa, e per molti aspetti ancora inesplorata, realtà delle Linee guida¹¹ Anac, alle quali il nuovo Codice rimette la disciplina di alcuni tra i più importanti e innovativi istituti.

Le Linee guida pongono una serie di problemi interpretativi, che inevitabilmente compromettono gli obiettivi di semplificazione del sistema professati dal legislatore.

La prima criticità risiede nel fatto che esse sono formulate in termini discorsivi. Questa scelta, pur avallata dal Consiglio di Stato, non rende agevole l'individuazione della regola operativa cui le stazioni appaltanti debbono di volta in volta attenersi. Ciò da un lato priva di senso il confronto numerico/quantitativo tra gli articoli vigenti prima e dopo il 2016, dall'altro rappresenta di per sé un elemento di complicazione del sistema, in quanto rischia di pregiudicare l'intelligibilità delle regole.

La seconda, più grave, criticità concerne l'efficacia vincolante (o meno) delle Linee guida. Il Consiglio di Stato, nei pareri sulle bozze predisposte dall'Anac, ha puntualizzato che le Linee guida, pur avendo sempre natura di atti amministrativi generali, si distinguono in vincolanti e non vincolanti. La differenza tra queste due tipologie, secondo la prospettazione offerta dal Supremo Consesso, andrebbe ricercata nella natura integrativa o meno delle Linee guida rispetto alla norma del Codice che ad esse di volta in volta rinvia.

Sulla scorta di questo criterio sono state considerate non vincolanti, in quanto non integrative della disciplina del Codice (ma meramente attuative della stessa) le Linee guida in materia di procedure di affidamento dei contratti sotto-soglia. Di contro sono state qualificate vincolanti quelle in tema di selezione dei commissari di gara.

La classificazione operata dal Consiglio di Stato si presta a molteplici riflessioni. Quel che è certo è che il discernimento tra Linee guida vincolanti e non vincolanti non rappresenta un fattore di semplificazione del sistema. Basti in proposito porre mente al fatto che l'Anac non è giuridicamente obbligata a chiedere il parere del Consiglio di Stato sulle bozze, ragion per cui il sistema non impedisce l'emanazione di Linee guida la cui vincolatività debba essere ponderata dagli interpreti, con le gravissime conseguenze in termini di incertezza che possono derivare da tale delicato discernimento.

In terzo e ultimo luogo non ci si può nascondere la contraddizione insita

¹¹ Cfr. M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi*, 2016, n. 15; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm*, 2016, n. 10; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29 aprile 2016. Il potenziamento del ruolo di Anac si percepisce confrontando gli attuali poteri dell'Autorità con quelli assegnati dall'ordinamento previgente alla AVCP. Sul punto si rinvia all'analisi critica svolta da C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

nel concetto stesso di Linee guida *vincolanti*. Già sul piano meramente lessicale la locuzione rappresenta una sorta di ossimoro. A ciò si aggiunge, specularmente, la altrettanto innegabile problematicità della nozione di Linee guida *non-vincolanti*. Queste ultime, secondo la ricostruzione offerta dal Consiglio di Stato, potrebbero essere disattese dalla stazione appaltante, purché sia fornita una adeguata motivazione. Cionondimeno i margini di concreta “praticabilità” di tale disallineamento risultano, sulla base di una lettura sistematica del nuovo Codice, pressoché inesistenti. Viene in rilievo, in tal senso, il secondo comma dell’art. 211, in forza del quale «Qualora l’Anac, nell’esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell’Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all’articolo 36 (*rectius* 38) del presente Codice. La raccomandazione è impugnabile¹² innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell’articolo 120 del codice del processo amministrativo».

Il comma sopracitato pone innumerevoli problemi di teoria generale, primo fra tutti quello della effettiva titolarità del potere di autotutela, che pare sostanzialmente traslato in capo all’Anac (in tal senso depone, in particolare, la previsione della diretta impugnabilità dell’“invito”). Il profilo più delicato, trattando di semplificazione, risiede tuttavia nell’incertezza che deriva da un lato dalla professata natura non vincolante di alcune Linee guida e, dall’altro, dall’introduzione del nuovo istituto dell’invito all’autotutela. È logico, infatti, presumere che a tale invito l’Anac ricorrerà non solo nel caso di provvedimenti contrastanti

¹² L’affermazione relativa alla impugnabilità della raccomandazione non era prevista nella bozza di codice approvata dal Consiglio dei Ministri il 3 marzo 2016. Sul punto non si possono tacere una serie di perplessità. La prima è di ordine generale, e concerne il fatto che l’impugnabilità dovrebbe costituire un elemento intrinseco alla natura dell’atto, non già un attributo che necessita di una esplicita assegnazione/riconoscimento normativo. Un ordinamento coerente e “pacificato” sul piano dei rapporti tra disciplina sostanziale e processuale dovrebbe, in altre parole, prescindere da norme che puntualmente indichino all’interprete il percorso processuale attivabile nei casi in cui intenda reagire con gli strumenti della tutela giurisdizionale avverso decisioni sfavorevoli (un discorso concettualmente analogo si potrebbe, ad esempio, condurre in materia di scia, sul tema cfr. M. RENNA, A. GIANNELLI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, n. 3-4, 447). Inoltre, l’impugnabilità della raccomandazione presuppone il riconoscimento del fatto che la stessa, a dispetto del proprio *nomen juris*, costituisce un provvedimento amministrativo potenzialmente lesivo, il che a sua volta riflette l’idea che ad essere titolare del potere di autotutela sia, in sostanza, la stessa Anac.

con il Codice, ma anche nel caso in cui vengano disattese le proprie Linee guida.

Di certo tale invito potrà essere inoltrato a fronte di violazioni di Linee guida vincolanti. Più controversa, di contro, sembra l'ipotesi di violazione delle Linee guida non vincolanti: la loro inosservanza, come si è detto, potrà, infatti, considerarsi legittima solo a fronte di una adeguata motivazione resa dalla stazione appaltante. L'invito all'autotutela, dunque, potrà essere rivolto alla stazione appaltante allorché l'Anac ritenga non adeguata, o del tutto assente, la motivazione dell'inosservanza. L'apprezzamento sulla adeguatezza della motivazione, tuttavia, è a sua volta intriso di discrezionalità. Si prefigura, così, un generalizzato appiattimento delle stazioni appaltanti sulle Linee guida Anac, ivi comprese quelle formalmente qualificate come non vincolanti. Il tutto nel quadro di un sistema regolatorio di certo non contrassegnato da semplicità e coerenza.

4. *Segue. Ciò che “resta fuori” dal Codice*

L'inedito e massiccio ruolo dell'Anac non è, tuttavia, l'unico fattore di criticità riguardo agli obiettivi di semplificazione dichiarati dal legislatore.

Un ulteriore elemento di debolezza della recentissima riforma risiede nel mancato coordinamento con una copiosa serie di norme disseminate in una miriade di leggi speciali. Il riferimento principale, in tal senso, è rappresentato dalle previsioni in tema di centralizzazione della spesa mediante convenzioni stipulate da Consip e dagli enti aggregatori, le quali negli ultimi due decenni si sono progressivamente stratificate, fino a costituire un corpus normativo estremamente complesso e frammentato. Non è questa la sede per ripercorrere analiticamente le tappe di questo processo di stratificazione. È sufficiente richiamare, quale ultimo importante intervento normativo sul tema, il d.l. 24 aprile 2014, n. 66, il quale dispone, al terzo comma dell'art. 9, che entro il 31 dicembre di ogni anno venga emanato un d.p.c.m. deputato ad individuare le categorie merceologiche e i relativi importi entro cui le amministrazioni statali, le regioni e gli enti del servizio sanitario nazionale sono obbligati a ricorrere a Consip o al soggetto aggregatore di riferimento. L'obbligo di aderire alle convenzioni è, dunque, soggetto ad un meccanismo di progressiva dilatazione del proprio ambito di applicazione, il quale con cadenza annuale verrà ad essere delineato mediante lo strumento del d.p.c.m.

Il tema dell'adesione obbligatoria alle convenzioni è estremamente delicato¹³

¹³ La legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità per il 2016) al comma 510 dell'art. 1 consente alle amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni stipulate da Consip o dalle centrali di committenza regionali di procedere ad autonomi acquisti qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo a soddisfare lo specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali. In questo caso, tuttavia, la

per una ragione molto semplice: in costanza dell'obbligo di adesione per la singola amministrazione aggiudicatrice non vi sarà alcuna gara da celebrare. L'ambito di applicazione delle nuove norme in tema di procedure di gara è, dunque, inversamente proporzionale all'ampiezza dell'area dell'adesione obbligatoria alle convenzioni. A fronte di ciò i fattori di criticità sono molteplici. Il più evidente è quello, cui si è già accennato, della complessità del quadro delle fonti. L'idea di *codice* si associa ad obiettivi di razionalizzazione e, al tempo stesso, di compattezza del sistema delle regole. Di contro la normativa sulla centralizzazione degli acquisti mediante convenzioni obbligatorie si pone in rapporto di innegabile tensione rispetto ai predetti obiettivi, rappresentando un elemento di "mobilità" del perimetro di applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Non possono, inoltre, essere taciuti i notevoli dubbi che nel dibattito, non solo giuridico ma anche politico, stanno emergendo circa la concreta efficienza del sistema delle convenzioni. Prima di illustrarne i rischi è, tuttavia, indispensabile riferire su quelli che, in teoria, avrebbero dovuto essere i vantaggi ascrivibili all'attuazione di tale sistema. Ciò, ovviamente, al fine di valutare se tali vantaggi si siano effettivamente realizzati.

deroga necessita di una apposita autorizzazione motivata resa dall'organo di vertice amministrativo, che deve poi essere trasmessa al competente ufficio della Corte dei Conti. La motivazione di tale autorizzazione deve, ovviamente, avere ad oggetto la inidoneità del bene o servizio presente in convenzione ad assicurare la soddisfazione dello «specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali». La nozione di "caratteristiche essenziali" ha un preciso significato tecnico, che si comprende alla luce del comma 507 del medesimo art. 1 della legge di stabilità per il 2016, a mente del quale «Il Ministro dell'economia e delle finanze definisce, con proprio decreto, sentita l'Autorità nazionale anticorruzione, tenendo conto degli aspetti maggiormente incidenti sul prezzo della prestazione nonché degli aspetti qualificanti ai fini del soddisfacimento della domanda pubblica, le caratteristiche essenziali delle prestazioni principali che saranno oggetto delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488. Conseguentemente all'attivazione delle convenzioni di cui al periodo precedente, sono pubblicati nel sito istituzionale del Ministero dell'economia e delle finanze e nel portale degli acquisti in rete i valori delle caratteristiche essenziali e i relativi prezzi (...)». La motivazione dell'acquisto extra-convenzione risulta, dunque, concepita dal legislatore in termini estremamente stringenti ed "orientati", proprio al fine di evitare semplici elusioni degli obblighi di adesione alle convenzioni medesime. Per completezza si segnala che l'acquisto extra-convenzione è lievemente meno "difficile" per gli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività (ICT). Per questi ultimi infatti il comma 516 dell'art. 1 della legge di stabilità per il 2016 prevede che possano realizzarsi acquisti autonomi «(...) a seguito di apposita autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, qualora il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione ovvero in casi di necessità ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuità della gestione amministrativa». La necessità e urgenza, dunque, giustificano la mancata adesione al regime delle convenzioni, il che non si verifica per i beni e servizi diversi da quelli informatici e di connettività. L'autorizzazione all'acquisto di prodotti ICT extra convenzione deve essere trasmessa, anziché alla Corte dei conti, all'Anac e all'Agenzia per l'Italia digitale (cfr. sempre il comma 516 dell'art. 1).

Il regime delle convenzioni obbligatorie si impernia su due obiettivi principali.

Il primo è quello di realizzare economie di scala e quindi di assicurare l'abbattimento dei costi di organizzazione e gestione delle procedure di gara.

Il secondo obiettivo consiste nel contrasto ai fenomeni corruttivi. L'idea di fondo è quella di superare situazioni in cui le amministrazioni (con ciò riferendosi soprattutto alla realtà delle piccole amministrazioni locali) siano tentate di utilizzare la contrattazione e i flussi di spesa che ne derivano come strumenti di rafforzamento del consenso. Di qui la scelta di traslare le funzioni di "compratore" su Consip e sugli enti aggregatori, i quali, essendo entità prive di legittimazione politica diretta, dovrebbero essere immuni dalla tentazione di compiacere, mediante le proprie scelte negoziali, specifiche collettività di riferimento.

La realtà delle convenzioni tuttavia disvela un quadro non privo di ombre.

In primo luogo è innegabile che la centralizzazione della spesa rechi con sé un consistente rischio di pregiudicare le piccole e medie imprese, le quali difficilmente potranno vantare requisiti idonei a consentire la partecipazione a procedure di acquisto su larga scala.

Inoltre anche gli obiettivi di moralizzazione della spesa pubblica non sono assicurati una volta per tutte dalla centralizzazione del potere di acquisto. Basti riflettere sul fatto che accentrando il potere di spesa su pochi soggetti si riducono anche i referenti di eventuali interlocuzioni di carattere collusivo¹⁴. Il punto, dunque, è generale ed antico: la scelta tra la centralizzazione e la parcellizzazione del potere è delicata, e va ponderata senza sottovalutare il fatto che la seconda, proprio in quanto elemento di complicazione del sistema, tendenzialmente ostacola il dispiegarsi delle iniziative antigiuridiche fondate sulla costruzione di rapporti opachi tra i soggetti privati e i titolari del potere di volta in volta esercitato.

Ma non è tutto: anche l'obiettivo della riduzione della spesa, invocato quale ragion d'essere dei processi di progressiva centralizzazione degli acquisti, presenta tratti di percepibile criticità. Se, infatti, da un lato è indubbio che la centralizzazione consenta di abbattere i costi di organizzazione/gestione delle procedure, dall'altro non sempre, e comunque non necessariamente, l'adesione alla convenzione assicura acquisti economicamente più convenienti e qualitativamente più efficienti di quelli che le singole amministrazioni potrebbero procurarsi ricorrendo alla contrattazione autonoma. L'esperienza spesso riflette una realtà di diverso tenore, contrassegnata da una ricorrente insoddisfazione dell'acquirente pubblico rispetto alle condizioni economico-qualitative assicurate dal sistema delle convenzioni. Quest'ultimo, peraltro, sta assumendo tassi di crescente rigidità. Il riferimento principale, in tal senso, è rappresentato dalla controversa previsione sulla moratoria sperimentale della cd. *outside option*, moratoria prevista – per le

¹⁴ Considerando n. 59 della direttiva 2014/24/UE.

sole categorie merceologiche “ad alta economia di scala”¹⁵ – dall’art. 1, co. 494¹⁶, della legge di stabilità per il 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208).

Questa norma impedisce alle stazioni appaltanti pubbliche, per il triennio compreso tra il 1 gennaio 2017 e il 31 dicembre 2019, di comprare extra convenzione anche laddove gli acquisti autonomi risultino più convenienti¹⁷. La scelta del legislatore appare di primo acchito macroscopicamente diseconomica. Essa, tuttavia, non è priva di logica: il senso di tale “blindatura” si evince dalla Relazione di accompagnamento alla legge di stabilità, secondo cui il temporaneo divieto di attivare l’*outside option* dovrebbe servire a scongiurare il pericolo di fuga dalle convenzioni e dunque il rischio di “abbassamento” del livello di competitività¹⁸ delle convenzioni medesime rispetto alla alternativa rappresentata dal “mercato libero”. Di qui la scelta di sperimentare, per un triennio¹⁹, un regime di impos-

¹⁵ Energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile.

¹⁶ Il co. 494 dell’art. 1 della l. di stabilità per il 2016 è intervenuto sull’art. 1, co. 7 della legge 7 agosto 2012, n. 135, prevedendo che per il triennio compreso tra l’1 gennaio 2017 e il 31 dicembre 2019 non sia possibile acquistare extra convenzione beni ad alta economia di scala anche laddove l’acquisto autonomo risulti idoneo ad assicurare alla stazione appaltante consistenti vantaggi economici.

¹⁷ Il temporaneo “congelamento” della *outside option* concerne solo l’ipotesi di acquisti autonomi da realizzarsi con modalità ordinaria, ossia cartacea. Di contro, la legge di stabilità del 2016 non impedisce, per i beni ad alta economia di scala, gli acquisti autonomi, ovviamente più vantaggiosi, realizzati mediante sistemi telematici di negoziazione predisposti da Consip o dalle centrali di committenza regionali.

¹⁸ «Relazione tecnica alla Legge di stabilità 2016 – Legge 28 dicembre 2015, n. 208. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)» in cui si riscontra che se da un lato l’*outside option* «potenzialmente potrebbe permettere ad un insieme di amministrazioni di ottenere prezzi più bassi rispetto a quelli delle convenzioni stesse, la presenza della *outside option* genererebbe una esternalità negativa sulle amministrazioni aderenti alle Convenzioni Consip. In altri termini se le imprese partecipanti ad un’iniziativa Consip percepiscono che una parte delle amministrazioni ricorreranno a procedure autonome, il grado di competizione in gara può ridursi considerevolmente. Di conseguenza, il beneficio che ottiene un insieme limitato di amministrazioni potrebbe essere più che compensato dai minori benefici di un insieme plausibilmente maggiore di altre amministrazioni aderenti che otterranno condizioni peggiori. E questo nonostante i volumi aggregati delle convenzioni».

¹⁹ Dopo il triennio il ricorso ad approvvigionamenti autonomi con modalità ordinaria (ossia non realizzati mediante strumenti telematici messi a disposizione da Consip o dalle centrali di committenza regionali) viene comunque limitato dalla legge di stabilità per il 2016. Quest’ultima (cfr. sempre l’art. 1, comma 494), infatti, è intervenuta sull’art. 1, co. 7 della l. n. 135/2012, il quale, dunque, oggi prevede che nelle categorie merceologiche ad alto impatto di scala si possa procedere ad affidamenti extra convenzione con modalità ordinaria solo a condizione che tali approvvigionamenti «prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10 per cento per le categorie merceologiche telefonia fissa e telefonia mobile e del 3 per cento per le categorie merceologiche carburanti extra-rete, carburanti rete, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali».

sibilità di “uscita” dalle convenzioni, anche laddove la contrattazione autonoma risulti in grado di assicurare margini di risparmio.

È ancora presto per valutare l’efficacia della moratoria triennale quale strumento di salvaguardia della competitività delle convenzioni. Quel che è certo è che norme come quella in esame scaturiscono dalla presa di coscienza, da parte del legislatore, del fatto che, nella concreta esperienza della contrattazione pubblica, spesso il “mercato libero” offra soluzioni economicamente più appetibili rispetto a quelle assicurate dal sistema delle convenzioni. Tutto ciò alimenta le ragioni di quanti non ravvisano nella centralizzazione degli acquisti un efficiente strumento per contenere i flussi di spesa derivanti dagli approvvigionamenti pubblici.

Anche sotto il profilo del miglioramento della qualità degli acquisti la logica della centralizzazione espone il fianco ad alcune critiche. Il sistema degli approvvigionamenti su larga scala pare, infatti, inevitabilmente connesso ad una tendenziale standardizzazione. In altri termini l’accentramento dei processi di acquisto non risulta facilmente armonizzabile con la promozione della innovatività dei beni e servizi acquisiti²⁰. Ciò in ragione del fatto che l’innovazione è difficilmente conseguibile al di fuori di processi di interlocuzione tra compratore e produttore. Tali processi presuppongono la prossimità tra i due soggetti di tale dialogo al fine di consentire la messa a fuoco degli specifici fabbisogni e, di conseguenza, la predisposizione di soluzione appositamente costruite in funzione della soddisfazione dei fabbisogni medesimi. Niente di tutto ciò, ovviamente, può verificarsi nell’ambito di dinamiche di acquisto su larga scala, inevitabilmente tendenti ad una massiccia omologazione dei beni o dei servizi oggetto degli approvvigionamenti.

Quel che emerge dal quadro sinora tratteggiato è dunque un contesto caratterizzato da contraddizioni latenti. La presenza di una massiccia disciplina extra-Codice dedicata agli acquisti mediante convenzione non solo svilisce l’intento semplificatorio del Codice stesso, ma costituisce anche un elemento destinato ad entrare in tensione con ulteriori dichiarati obiettivi delle riforme in atto, quali la promozione dell’innovatività (e, per essa, della qualità degli acquisti pubblici) e della flessibilizzazione delle procedure.

5. *Segue. Semplificazione e divieto di gold plating*

Nei due paragrafi che precedono si è messo in luce come l’obiettivo della semplificazione, invocato come uno dei principali elementi propulsivi della

²⁰ Cfr. sul tema: F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, n. 6, 1529; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, n. 5, 1127.

riforma, alla prova dei fatti risulti non del tutto centrato, sia sotto il profilo meramente numerico-quantitativo (il numero di norme non si è ridotto) sia sotto il più delicato profilo della razionalizzazione del sistema normativo (molto “resta fuori” dal Codice, il quale attualmente presenta confini applicativi mobili, connessi alla progressiva espansione dell’area dell’adesione obbligatoria alle convenzioni stipulate da Consip o dagli altri soggetti aggregatori).

La semplificazione perseguita dal nuovo Codice deve, inoltre, essere verificata anche alla luce del nuovo principio fondamentale in materia di disciplina dei contratti pubblici, ossia il divieto di *gold plating*.

Tale espressione, come noto, può essere tradotta letteralmente come “gabbia dorata”. Si tratta di una locuzione metaforica che allude ad un preciso fenomeno: la tendenza manifestata dal legislatore nazionale alla iper-regolamentazione, intesa come predeterminazione di regole che impongono ai concorrenti in gare pubbliche oneri, limiti e divieti superiori rispetto a quelli previsti dal diritto europeo. Il presupposto storico-culturale di questa tendenza è facilmente percepibile e risiede, in sostanza, in un approccio iper-cautelativo spiegabile – almeno in parte – alla luce dei fenomeni corruttivi che affliggono il mercato delle commesse pubbliche.

Gli effetti negativi della iper-regolamentazione, innanzitutto sul fronte della accessibilità delle gare pubbliche, sono noti da almeno un decennio.

La prima norma preordinata a contrastare il fenomeno in questione è stata il comma 24 *bis* dell’art. 14 della l. 28 novembre 2005, n. 246 («Semplificazione e riassetto normativo per l’anno 2005») in forza del quale «Gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l’introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse (...)».

La norma in questione presenta un punto di forza e uno di debolezza.

Il primo risiede nel carattere generale della sua formulazione: il divieto di iper-regolamentazione viene previsto come regola da applicarsi a tutta l’attività legislativa e non solo, dunque, a quella riguardante la specifica realtà dei contratti pubblici.

Di contro, il punto di debolezza della norma risiede nel fatto di essere stata formulata in sede di legge ordinaria. La violazione del divieto di *gold plating* attraverso norme di legge recanti una ipotetica iper-regolamentazione rispetto allo standard europeo non è di per sé idonea a determinare alcuna situazione di illegittimità costituzionale (ma sul punto cfr. *infra*).

Il tema del contrasto al fenomeno del *gold plating* nello specifico settore degli appalti pubblici è tornato di piena attualità con l’attuale crisi economica²¹,

²¹ Commissione europea, Smart regulation in the European Union, COM (2010) 543, Bruxelles, 8 ottobre 2010, ove si legge «*which goes beyond what is required by that legislation, while staying within legality. Member States have large discretion when implementing EC directives. They may increase reporting*

la quale ha disvelato i pesanti effetti depressivi della iper-regolamentazione sulla vitalità del mercato delle commesse pubbliche, con inevitabili ripercussioni negative sul piano delle chance di ripresa economica. L'approccio al tema è stato, nel 2016, molto più energico. La legge delega n. 11/2016 ha, infatti, individuato nel divieto di *gold plating* il primo criterio direttivo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto attenersi, con conseguente illegittimità costituzionale delle norme del Codice ispirate alla logica della iper-regolamentazione.

In questo contesto il dato che occorre scandagliare, nell'ambito di una riflessione sulla concreta portata semplificatoria della recente codificazione, consiste nell'effettivo rispetto del divieto di *gold plating*. La scelta di porre tale divieto come criterio direttivo in sede di legge delega ha davvero posto un freno agli "istinti iper-regolatori" che tradizionalmente investono il legislatore nazionale in materia di contratti pubblici? In altri termini: il nuovo Codice si è davvero astenuto dalla tentazione di "alzare l'asticella" della regolazione rispetto agli standard previsti dalle direttive europee del 2014 in materia di appalti pubblici?

La risposta a tale interrogativo non può essere completamente positiva.

Non è difficile, infatti, rintracciare nel nuovo Codice istituti disciplinati da norme contrassegnate da un percepibile approccio iper-regolatorio rispetto a quanto imposto dalla disciplina europea.

L'esempio più macroscopico, in tal senso, è rappresentato dall'istituto del subappalto. Le direttive europee del 2014 non prevedevano alcun limite quantitativo alla sub-appaltabilità delle prestazioni oggetto dell'aggiudicazione. Viceversa il nuovo Codice pone un limite corrispondente al 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture²². Limite che, peraltro,

obligations, add procedural requirements, or apply more rigorous penalty regimes. If not illegal "gold plating is usually presented as a bad practice because it imposes costs that could have been avoided". Sul punto si veda anche: Commissione Europea, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, (COM (2011)15); nonché la Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, intitolata «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva». Su questi temi si veda pure il Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito al Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici («Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti») (COM(2011) 15).

²² Cfr l'art. 105, co. 2. Sul punto è interessante rilevare come nella prima bozza del nuovo Codice il limite del 30% sussistesse solo per gli appalti delle cd. opere super-specialistiche, mentre negli altri casi vi era piena libertà di subappaltare. In questo senso, dunque, il testo definitivo del Codice ha privilegiato un approccio improntato alla prudenza, come fortemente auspicato dal Presidente dell'Anac in molte dichiarazioni pubbliche. Sempre in tema di subappalto una ulteriore importante novità introdotta dal d. lgs. n. 50/2016 (solo con riferimento agli affidamenti di importo superiore alla soglia di rilevanza europea per i quali non sia necessaria una «(...) particolare specializzazione») consiste nell'obbligo di indicare già al momento della presentazione dell'offerta una terna di subappaltatori. Questa previsione trova fondamento negli artt. 71 e 88 rispettivamente delle direttive n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE e nella legge delega n. 11/2016, che espressamente prevedeva la possibilità di individuare in sede di decreto legislativo i casi specifici «(...) in cui

per i lavori risulta inasprito rispetto al regime previgente, nel quale il limite di sub-appaltabilità era fissato nella misura del 30% della (sola) categoria prevalente²³, mentre le altre categorie erano integralmente subappaltabili.

La *ratio* della attuale disciplina è chiara e consiste nella volontà di «(...) non indebolire gli attuali meccanismi di contrasto ai fenomeni di infiltrazioni negli appalti da parte della criminalità organizzata e di evitare l'eccessiva frammentazione dell'esecuzione, accrescendo così il controllo sull'esecuzione stessa»²⁴. Cionondimeno occorre prendere atto che il divieto di *gold plating*, per come è stato formulato dalla legge delega n. 11/2016, non conosce temperamenti in funzione delle finalità perseguite mediante gli interventi iper-regolatori²⁵. Il che, ad avviso di chi scrive, preclude ogni apprezzamento sulla meritevolezza intrinseca degli obiettivi perseguiti dal legislatore ricorrendo alla logica della “gabbia dorata”.

Non è, tuttavia, solo il subappalto a comprovare la persistente tendenza alla iper-regolamentazione.

Anche in materia di soccorso istruttorio il nuovo Codice ha dettato previsioni prive di riscontro nelle direttive europee: queste ultime non prevedono, in caso di offerte interessate dalle cd. irregolarità essenziali, la regolarizzazione²⁶ *onerosa*.

vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori». L'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori, peraltro, non costituisce una novità assoluta nel nostro ordinamento: l'art. 34 della l. n. 109/1994 (nella versione ante-Merloni *ter*) prevedeva, infatti, l'obbligo per i concorrenti di indicare sia le parti dell'opera che avrebbero voluto subappaltare sia il numero (da uno a sei) dei subappaltatori candidati a partecipare all'esecuzione.

²³ Cfr. l'art. 118 del d. lgs. n. 163/2006.

²⁴ Cfr. l'Analisi di impatto della regolamentazione.

²⁵ Il Consiglio di Stato, in sede di parere sulla bozza di Codice (Adunanza della Commissione speciale, parere del 21 marzo 2016) ha, invece, affermato che il limite del 30%, pur non trovando riscontro in alcuna previsione europea, è legittimo, in quanto puntualmente motivato in sede di Analisi di Impatto della Regolazione. A detta del Supremo Consesso della giustizia amministrativa il divieto di *gold plating* «lascia spazio, in sede di recepimento delle direttive, alla possibilità di una limitata deroga al divieto di introdurre una regolamentazione più severa, purché nell'AIR si motivino le circostanze eccezionali della deroga (...). Una motivazione specifica si rinviene, nell'AIR, quanto alla deroga al divieto di *gold plating* nella disciplina del subappalto». Le affermazioni del Consiglio di Stato, invero, non persuadono perché risultano impennate (solo) sul comma 24 *quater* dell'art. 14, l. n. 246/2005 che effettivamente autorizza(va) il *gold plating* ove adeguatamente motivato. Tale norma, tuttavia, è stata ormai superata dalla legge delega n. 11/2016 che, ponendo il divieto di *gold plating* tra i criteri direttivi, ha inesorabilmente condannato alla illegittimità costituzionale le norme del nuovo Codice che introducano limiti, divieti o oneri privi di fondamento nelle direttive europee del 2014.

²⁶ Il nuovo Codice puntualizza che il pagamento della sanzione è dovuto solo nel caso in cui l'offerente intenda regolarizzare la propria situazione. Viceversa il pagamento non è dovuto se l'offerente intende rinunciare a sottoporre la propria offerta. Non vi è, dunque, ormai alcun dubbio sul fatto che l'obbligo di pagamento della sanzione non sussista in caso di mancata regolarizzazione. Cfr. sul punto: Tar Lombardia, Sez. I, 14 luglio 2016, n. 1423, in *Foro amm.*, 2016, n. 7-8, 1880. Prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice la questione era alquanto dibattuta. L'Anac sosteneva la tesi, poi avallata dal d. lgs. n. 50/2016, della non irrogabilità della sanzione in caso di

Parimenti nessuno spunto in tal senso si rinviene nella legge delega n. 11/2016. L'art. 83, co. 9 del nuovo Codice, di contro, prevede che «la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo (...) obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro»²⁷.

Il Tar Lazio, con ordinanza del 3 ottobre 2016, n. 10012, aveva sottoposto alla Corte di giustizia la questione della legittimità comunitaria della norma previgente in tema di soccorso istruttorio. Il parametro dello scrutinio era, allora, rappresentato dal principio di proporzionalità, che si riteneva – probabilmente non a torto – violato dell'importo della sanzione, il quale – nel regime previgente – poteva raggiungere un massimo di 50.000 euro. La Corte, a tutt'oggi, non si è ancora pronunciata. Con l'entrata in vigore del nuovo Codice, tuttavia, le criticità in tema di soccorso istruttorio sembrano essersi modificate. Il dato problematico, infatti, non risiede più nell'importo della sanzione²⁸, che il d. lgs. n. 50/2016 ha ridimensionato sensibilmente (fissando un tetto massimo di 5000 euro, inferiore di ben dieci volte rispetto al previgente importo massimo). Il fuoco del problema si è piuttosto spostato dal *quantum* della sanzione all'*an* della stessa. Né direttive del 2014 né tantomeno la legge delega n. 11 del 2016 prevedevano, infatti, alcun regime di regolarizzazione onerosa. Ciò pone un importan-

mancata regolarizzazione: cfr. la det. n. 1 dell'8 gennaio 2015 e il comunicato del Presidente del 25 marzo 2015. Di diverso avviso risultavano le posizioni espresse da alcuni Tar, secondo i quali la sanzione avrebbe dovuto essere comminata quale conseguenza automatica del riscontro sulla presenza delle irregolarità, indipendentemente dalla volontà dell'offerente di addivenire o meno alla regolarizzazione della documentazione presentata: Tar Abruzzo, Sez. I, 25 novembre 2015, n. 784; in *Foro amm.*, 2015, 11, 2890; Tar Emilia Romagna, Sez. I, 29 febbraio 2016, n. 66, *ivi*, 2016, 2, 403 (ma in senso contrario si era espresso lo stesso Tar nell'ordinanza del 10 luglio 2015, n. 142, in *giustizia-amministrativa.it*); Tar Sicilia, Sez. III, 29 aprile 2016, n. 1043, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁷ La regolarizzazione onerosa, in realtà, non rappresenta una novità ascrivibile al Codice del 2016: l'art. 38, co. 2 *bis* del previgente Codice (introdotto dall'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90) contemplava l'irrogazione della sanzione a fronte della presentazione di offerte affette da irregolarità essenziali. La dottrina in tema di soccorso istruttorio è molto copiosa. Tra gli innumerevoli contributi ci si limita a rinviare, per una attenta e originale lettura critica, a P. PROVENZANO, *Commento sub art. 83*, in *Commentario al nuovo Codice degli appalti e delle concessioni*, a cura di G.M. ESPOSITO, Padova, in corso di pubblicazione.

²⁸ Tar Lombardia, Sez. I, 14 luglio 2016, n. 1423, in *Foro amm.*, 2016, n. 7-8, 1880, in cui si afferma che «Il nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), prevede, ora, all'art. 83, comma 9, che la nuova disciplina del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici sia emendata proprio nel senso di non prevedere più l'obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione e ciò esclude contrasti con il diritto comunitario». I profili di contrarietà al diritto europeo ad avviso di chi scrive non sono stati neutralizzati in termini assoluti, ma piuttosto si sono modificati, attingendo ora direttamente alla onerosità della regolamentazione, indipendentemente dal valore più o meno elevato della sanzione irrogata.

te problema, che concerne la violazione del divieto di *gold plating*. Quest'ultimo, essendo stato previsto come criterio direttivo in sede di legge delega, è divenuto parametro indiretto di costituzionalità. Il problema del soccorso istruttorio *oneroso* è stato quindi "internalizzato", ossia traslato dal fronte dell'anticomunitarietà a quello domestico della illegittimità costituzionale. Non resta, dunque, che attendere che la Consulta sia interpellata in sede di giudizio incidentale e quindi abbia l'opportunità di pronunciarsi su una opzione legislativa (quella relativa alla onerosità della regolarizzazione) che rischia di compromettere, nei fatti, l'obiettivo ispiratore del soccorso istruttorio, cioè la più ampia accessibilità delle procedure di gara da parte degli operatori economici.

L'elenco delle norme del nuovo Codice che violano il divieto di *gold plating* potrebbe continuare. Tra queste verosimilmente figurano l'art. 146 che vieta l'avvalimento negli appalti relativi ai beni culturali²⁹ e l'art. 80, nella misura in cui non fornisce alcun limite temporale al periodo nel quale può essere disposta l'esclusione di un offerente in ragione di una previa condanna o a seguito del compimento di uno dei comportamenti individuati (dallo stesso art. 80) come "sintomo" di inaffidabilità³⁰.

Quel che, tuttavia, da un punto di vista generale preme evidenziare è l'atteggiamento ondivago, se non addirittura incoerente, del legislatore della riforma. La scelta di conferire al divieto di *gold plating* un indiretto rilievo costituzionale è stata, indubbiamente, una scelta forte, non imposta dal diritto dell'UE e, probabilmente, non (ancora) compatibile con le perduranti criticità del mercato italiano delle commesse pubbliche. Di qui le innumerevoli previsioni che, come si è visto, risultano in modo più o meno dichiarato improntate alla logica della gabbia dorata, adducendo motivazioni (pur di per sé condivisibili) connesse a preminenti ragioni di interesse pubblico.

Sul piano strettamente giuridico tutto ciò non può che essere guardato con

²⁹ Il divieto di avvalimento, di cui non vi è traccia nelle direttive del 2014, viene giustificato dall'art. 146 del Codice, e dal Consiglio di Stato in sede di parere sulla bozza di Codice, in forza dell'art. 36 del TFUE, a mente del quale «Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri». La norma, tuttavia, presenta un tenore estremamente generico, il che, a parere di chi scrive, la rende inidonea a fondare una scelta normativa - quella del divieto di avvalimento - non supportata da alcun riscontro testuale nelle direttive europee.

³⁰ L'art. 57, co. 7 della direttiva 2014/24/UE dispone, infatti, che «Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4».

una certa preoccupazione. L'indiretta costituzionalizzazione del divieto di *gold plating* assume, infatti, i contorni di una precipitosa fuga in avanti, che espone il sistema a concreti rischi in termini di incertezza delle regole. Il tutto in evidente controtendenza rispetto ai dichiarati intenti politici di rilancio del mercato delle commesse e, più in generale, dell'economia che ruota attorno ad esso.

6. *L'incremento degli standard di qualità degli acquisti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti*

Tra gli obiettivi ispiratori del recente Codice oltre alla semplificazione, di cui si è riferito nei paragrafi precedenti, vi è anche – o meglio soprattutto – quello di favorire una maggiore e più diffusa attenzione ai profili della qualità degli acquisti pubblici. Si tratta, evidentemente, di un obiettivo ambizioso, che il legislatore ha inteso perseguire intervenendo su due fronti: la qualificazione delle stazioni appaltanti e la disciplina dei criteri di aggiudicazione.

Il primo fronte è, senza dubbio, quello più innovativo, in termini culturali ancor prima che giuridici³¹. Nel regime pre-2016 a doversi qualificare – con il ricorso alle attestazioni SOA³² ovvero, per servizi e forniture, mediante dichiarazioni attestanti il possesso dei necessari requisiti professionali, tecnici ed economici – erano soltanto gli operatori economici interessati a partecipare alle gare pubbliche. Ciò, ovviamente, al fine di precluderne l'accesso a soggetti non in grado di assicurare un'esecuzione a regola d'arte delle prestazioni dedotte in contratto. Di contro, non era – fino all'entrata in vigore del Codice del 2016 – mai affiorata l'ipotesi

³¹ L. DONATO, *La riforma delle stazioni appaltanti. ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, 2016, 80, 110; C. PANETTA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *giustamm.it*, n. 7, 2016.

³² La disciplina inerente il sistema unico di qualificazione delle imprese nel settore dei lavori non è stata interessata da macroscopiche novità in seguito all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici. È, tuttavia, interessante notare come un importante elemento innovativo sia riscontrabile riguardo il tema, sinora assai dibattuto tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, della sussistenza o meno in capo alle stazioni appaltanti del potere di controllo avente ad oggetto il possesso, da parte degli operatori economici, dei requisiti di qualificazione attestati dalle SOA. Il Nuovo Codice sul punto non solo riconosce la titolarità del predetto potere di controllo in capo alle stazioni appaltanti, ma puntualizza anche la doverosità dell'esercizio del potere medesimo, quantomeno «a campione». Ad essere prevalso, nel bilanciamento di interessi compiuto da parte del legislatore, sembra dunque essere stato il valore della legalità nelle commesse pubbliche, in uno con quello della affidabilità dei soggetti cui venga affidata la realizzazione di opere pubbliche. Su questi aspetti si veda: C. CELONE, *Una postilla su una delle novità introdotte dall'art. 84 del codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 50/2016). L'obbligo delle stazioni appaltanti di controllare anche gli attestati di qualificazione rilasciati alle imprese dalle SOA*, in questa *Rivista*, 2016, 75. Dello stesso Autore si veda anche il commento all'art. 84 in *Commentario al nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni*, a cura di G. M. ESPOSITO, Padova, in corso di pubblicazione.

che anche le stazioni appaltanti pubbliche, per poter gestire “in proprio” una procedura di aggiudicazione, dovessero acquisire una sorta di accreditamento preventivo. La possibilità di gestire in autonomia una procedura di gara (ovviamente nei casi in cui non sussista l’obbligo di adesione alle convenzioni Consip o a quelle dei diversi soggetti aggregatori) era, in altre parole, considerata un risvolto implicito dell’autonomia negoziale di cui le amministrazioni, in quanto persone giuridiche, sono titolari.

Oggi, dopo l’entrata in vigore del nuovo Codice, il quadro è decisamente mutato. Non è, ovviamente, in discussione la piena autonomia negoziale degli enti pubblici³³. Ad entrare in crisi, con l’avvento del nuovo Codice, è, piuttosto, l’idea per cui ogni amministrazione sia effettivamente capace (in senso atecnico, ossia “in grado”) di gestire efficacemente i processi di acquisto e la successiva, e altrettanto delicata, fase di esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto. Per converso si è progressivamente affermata la consapevolezza del fatto che “comprare bene” è “un mestiere a sé”, cioè un’attività che necessita di esperienza e professionalità molto spiccate e, soprattutto, non necessariamente coincidenti con quelle che le amministrazioni ordinariamente investono nel compimento delle proprie attività istituzionali. Di qui l’idea di costruire un sistema di qualificazione che interessi le stazioni appaltanti, gestito dall’Anac³⁴.

Il sistema in questione è ancora in via di definizione. L’art. 37 del nuovo Codice (ancora una volta) rinvia a futuri strumenti attuativi: sarà un decreto del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti a dettare le concrete regole di funzionamento di tale innovativo sistema. La logica ispiratrice è, tuttavia, già molto chiara, così come sono già determinati i principi fondamentali di funzionamento di tale qualificazione. Per gli acquisti di beni e forniture di importo inferiore a 40.000 euro e per gli affidamenti di lavori di importo inferiore a 150.000 euro le amministrazioni aggiudicatrici potranno gestire autonomamente le procedure di affidamento solo se munite di idonea qualificazione rilasciata da Anac. In caso contrario esse dovranno rivolgersi, per l’espletamento della procedura di aggiudicazione, ad una centrale di committenza, la quale a sua volta dovrà essere adeguatamente qualificata³⁵.

³³ F. PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, 1988, 14; S. A. ROMANO, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione. La capacità giuridica di diritto privato degli enti pubblici*, Milano, 197, 536; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 295.

³⁴ L’art. 216, comma 10, del Codice prevede che «Fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all’articolo 38, i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l’iscrizione all’anagrafe di cui all’articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221». L’art. 33-ter del d.l. n. 179/2012 concerne l’iscrizione all’anagrafe unica presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

³⁵ In base all’art. 38 del d. lgs. n. 50/2016 Consip e gli enti aggregatori regionali di cui all’art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66 sono di diritto iscritti nell’elenco delle stazioni abilitate gestito dall’Anac.

Il sistema è presidiato da un meccanismo di controllo preventivo molto stringente, anch'esso gestito dall'Anac. Laddove, infatti, un'amministrazione aggiudicatrice pretenda di gestire in autonomia una procedura rispetto alla quale non sia munita di idonea qualificazione, il Codice prevede che l'Anac neghi l'attribuzione del CIG³⁶. Quest'ultimo, dunque, assume una funzione inedita rispetto a quella per la quale era stato previsto (la tracciabilità dei flussi finanziari, e, per essa, il contrasto alle attività criminali³⁷) divenendo la vera leva per l'effettività del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti. Basti, in proposito, rammentare che la mancata attribuzione del CIG comporta la nullità dei contratti stipulati³⁸, esponendo, pertanto, questi ultimi ad una perenne vulnerabilità.

Il cambiamento è destinato ad incidere profondamente sul mercato delle commesse pubbliche, introducendo un regime di non generalizzata accessibilità alla gara anche da parte delle amministrazioni pubbliche. Le concrete regole di funzionamento di tale innovativo sistema saranno, come si è anticipato, dettate da un futuro D.M. Il nuovo Codice, tuttavia, non si sottrae dal predeterminare i parametri fondamentali che l'Anac dovrà prendere in considerazione nel compiere le proprie valutazioni preordinate all'assegnazione delle qualificazioni. L'art. 38 del d. lgs. n. 50/2016 individua i requisiti di base per l'ottenimento della qualificazione. Tra questi figura la presenza di strutture organizzative stabili deputate allo svolgimento delle funzioni di stazione appaltante, il che – evidentemente – dovrebbe garantire una maggiore professionalizzazione nella gestione delle procedure di acquisto e, per questa via, una velocizzazione dei tempi di svolgimento delle medesime. Tra gli altri requisiti figurano l'esperienza maturata nell'aggiudicazione di precedenti commesse, il rispetto dei tempi previsti per i pagamenti degli appaltatori, nonché – quale requisito premiante – il livello di soccombenza nel contenzioso eventualmente originatosi all'esito dell'affidamento di precedenti appalti.

³⁶ La norma di riferimento, in tal senso, è rappresentata dall'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, in forza della quale «ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, gli strumenti di pagamento devono riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti di cui al comma 1, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su richiesta della stazione appaltante (...)».

³⁷ Cfr. la determinazione Anac del 7 luglio 2011, n. 4, «Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136», ove si puntualizza come «(...) le disposizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari sono dettate da una legge contenente misure di contrasto alla criminalità organizzata, denominata “piano straordinario contro le mafie”, legge che è stata approvata all'unanimità dal Parlamento. Si tratta, quindi, di uno degli strumenti che l'ordinamento appronta nel dichiarato intento di arginare la penetrazione economica delle organizzazioni mafiose nell'attività di esecuzione delle commesse pubbliche; la finalità specifica è quella di rendere trasparenti le operazioni finanziarie relative all'utilizzo del corrispettivo dei contratti pubblici, in modo da consentire un controllo a posteriori sui flussi finanziari provenienti dalle amministrazioni pubbliche ed intercettare eventuali usi degli stessi da parte di imprese malavitose».

³⁸ Cfr. l'art. 3, comma 8, della l. n. 136/2010.

Molti di tali requisiti, soprattutto quello da ultimo menzionato, suscitano dubbi e perplessità, che meritano di essere più approfonditamente sviluppati allorquando la disciplina attuativa del Codice avrà, auspicabilmente, chiarito i contenuti esatti di tali requisiti e il rispettivo “peso specifico”.

Quello che già trapela dalla lettura del nuovo Codice è (ancora una volta) una contraddizione latente tra le diverse istanze di cui esso si autoproclama portatore. L'innovativo sistema della qualificazione delle stazioni appaltanti, come si è visto, si ispira all'idea di una necessaria professionalizzazione del compratore pubblico³⁹, che passa attraverso la sottoposizione delle stazioni appaltanti ad uno stringente meccanismo di accreditamento preventivo.

È lo stesso Codice, tuttavia, a manifestare una limitata fiducia verso questo meccanismo. Lo si evince, in particolare, dalla scelta di rimettere la valutazione delle offerte ad una commissione esterna, composta da soggetti non incardinati presso la stazione appaltante, ma estratti nell'ambito di una lista di potenziali commissari fornita dall'Anac. Questa regola è prevista dall'art. 77 solo per gli appalti sopra-soglia affidati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Tuttavia le Linee guida Anac in tema di Criteri di scelta dei Commissari di gara prevedono che negli affidamenti sotto-soglia quanto meno il Presidente sia esterno⁴⁰.

Le criticità, anche e soprattutto pratiche, del ricorso ad una commissione composta da membri esterni sono molteplici e potranno essere più compiutamente esaminate allorquando il nuovo sistema entrerà a regime, ossia quando verrà concretamente istituito presso l'Anac l'Albo dei commissari e verranno esplicitate, sempre da parte dell'Anac, le modalità di funzionamento del sistema di nomina delle commissioni. Quel che, invece, sin da ora emerge come ele-

³⁹ Analisi di impatto della regolazione, in cui tra le criticità si segnalano «Carenze di capacità amministrativa durante tutto il *procurement cycle* (programmazione, svolgimento della procedura di selezione del contraente, esecuzione e controllo dell'appalto): inadeguatezza/incompiutezza progettuale, scarsa capacità nella redazione della documentazione di gara; scarsa consapevolezza nell'utilizzo delle varie procedure e non corretto utilizzo dei criteri di aggiudicazione; scarsa capacità di gestione dei contratti; eccesso di varianti; mancanza di una professionalizzazione degli operatori che procedono agli appalti».

⁴⁰ Linee guida approvate con delibera n. 1190, del 16 novembre 2016. Su questo profilo l'Anac si è discostata dalle indicazioni rese dal Consiglio di Stato in sede di parere sulla bozza di linee guida (comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1919). La diversità di impostazione è puntualmente descritta in sede di Relazione AIR sulle Linee guida in tema di «Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici» ove l'Anac afferma che «anche per gli appalti sotto soglia, stante il tenore della norma, la nomina di membri interni non esclude che almeno il Presidente sia un esterno». Sul punto, prosegue l'Autorità «il C.d.S. ha ritenuto che tale previsione [quella inerente il Presidente esterno] non abbia fondamento normativo. Al riguardo l'Autorità (...) è di diverso avviso, stante il tenore delle norme di riferimento che consentono la nomina di “componenti interni” ma non anche dell'intera commissione. Sul punto, pertanto, le Linee guida non sono state modificate».

mento di fragilità dell'impianto del nuovo Codice è una sottile contraddizione di fondo, che si compendia in questo interrogativo: ha senso introdurre un complesso e oneroso meccanismo di qualificazione preventiva delle stazioni appaltanti, se poi queste ultime saranno di fatto estromesse dalla fase più delicata della gestione della procedura di gara, quella della valutazione delle offerte, rimessa ad una commissione esterna? Il collo di bottiglia rappresentato dal sistema della qualificazione preventiva delle stazioni appaltanti appare, in altre parole, privato delle sue potenzialità e, dunque, in una certa misura smentito nella sua stessa ragion d'essere. A ciò si aggiunge il fatto che la commissione esterna, proprio in quanto tale, difficilmente conosce nel dettaglio il tipo di fabbisogno di cui la stazione appaltante è portatrice, il che rischia a sua volta di depotenziare il ricorso a strumenti sofisticati come le procedure negoziate e il partenariato per l'innovazione⁴¹.

7. *Segue. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*

L'obiettivo della qualità degli acquisti è perseguito dal legislatore del 2016 anche attraverso un incisivo intervento in tema di criteri di aggiudicazione. Sul punto, come noto, l'ordinamento ha conosciuto negli ultimi decenni una radicale e repentina evoluzione.

La legge Merloni relegava nei confini dell'eccezionalità il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, precludendone l'applicazione ai pubblici incanti e alle licitazioni private. Ciò, evidentemente, in ragione di una radicata diffidenza nei confronti di un criterio implicante valutazioni di tipo qualitativo, intrise di discrezionalità⁴² e, pertanto, maggiormente esposte al rischio di manipolazioni a fini corruttivi. Di qui il *favor* verso il criterio del prezzo più basso, la cui spiccata "meccanicità" è stata considerata un baluardo contro il dilagare dei fenomeni di malcostume.

Questo regime è stato, tuttavia, censurato dalla Corte di giustizia la quale,

⁴¹ Il partenariato per l'innovazione è una inedita procedura prevista dall'art. 65 del Codice, che consentirà alle stazioni appaltanti di acquisire prodotti, servizi o lavori che, al momento dell'avvio della procedura, non trovano ancora riscontro in soluzioni già disponibili sul mercato, dovendo perciò essere appositamente realizzate dal partner privato mediante specifiche attività di ricerca e sviluppo.

⁴² La diffidenza nei confronti della discrezionalità in materia di appalti pubblici, in quanto ritenuta foriera di rischi per l'imparzialità degli affidamenti, non rappresenta un dato caratterizzante il solo ordinamento italiano. Anche la dottrina nordamericana ha registrato, in termini critici, il fenomeno in questione, ravvisandone le potenziali ripercussioni negative sul fronte della qualità degli acquisti pubblici. Emblematico, in tal senso, il saggio, ormai non più recentissimo, di S. KELMAN, *The fear of discretion and the quality of government performance*, Washington, 1990. Sul fronte italiano una sensibilità analoga è manifestata da: G.D. COMPORI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. ec.*, 2007, 231; M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001.

nella ormai celebre sentenza Sintesi⁴³, aveva puntualizzato come il diritto europeo dell'epoca riconoscesse ad entrambi i criteri – quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa – un ambito di applicazione generalizzato, e dunque una piena compatibilità con tutte le procedure di selezione previste dall'ordinamento. La scelta tra il ricorso al criterio meccanico del prezzo più basso o a quello più sofisticato dell'offerta economicamente più vantaggiosa avrebbe, pertanto, dovuto essere rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, senza puntuali vincoli da parte della legislazione interna⁴⁴.

Il regime di equiparazione tra i due suddetti criteri è stato poi consacrato dal Codice del 2006 il quale, per qualsiasi tipo di procedura⁴⁵ e per qualsiasi oggetto dell'affidamento⁴⁶, ha consentito indifferentemente il ricorso all'uno o all'altro.

⁴³ Cfr. *supra* nota 7.

⁴⁴ Coerentemente della giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni ha riscontrato l'insindacabilità della scelta operata dalla stazione appaltante in favore dell'uno o dell'altro criterio. *Ex multis*: Cons. St., Sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. V, 16 novembre 2015, n. 5218, *ivi*.

⁴⁵ Il ricorso obbligatorio al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa era, tuttavia, previsto per il contratto di disponibilità. Il contratto di disponibilità è stato introdotto dall'art. 44, comma 1, lettera d), del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012 («Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività») ed è stato poi disciplinato dall'art. 160 *ter* del previgente codice (sostanzialmente riprodotto dall'art. 188 del d. lgs. n. 50/2016). Il contratto in questione prevede che siano affidate ad un operatore economico, a suo rischio e spese, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Tale tipologia di contratto risulta particolarmente utile per fattispecie in cui l'operatore privato venga incaricato della gestione di ambienti tecnologici complessi, ad esempio quelli deputati all'erogazione di prestazioni cliniche o diagnostiche. Tale complessità giustifica, evidentemente, la scelta del legislatore di precludere, già sotto la vigenza del Codice del 2006, l'affidamento di tale tipo di contratti sulla scorta di una selezione tra operatori economici compiuta in base al "rudimentale" criterio del prezzo più basso. In dottrina: F. GAMBARDELLA, *Contratti pubblici e politiche di liberalizzazione: il contratto di disponibilità*, in questa *Rivista*, 2014, 3, 273.

⁴⁶ Il Codice del 2006 si limitava a dettare una norma di indirizzo, rintracciabile nell'art. 55, co. 2, ove si prevedeva che «le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa». Il legislatore, pertanto, non impediva il ricorso al criterio del prezzo più basso nelle procedure ristrette (né, del resto, avrebbe potuto farlo, cfr. *supra* nota 7), né imponeva di rendere specifica motivazione in caso di utilizzo del criterio automatico. Indicazioni specifiche riguardavano poi alcuni affidamenti. Regole più stringenti si rinvenivano, invece, nel regolamento attuativo al Codice, che imponeva il ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa per appalti aventi determinati oggetti. Si veda, in proposito, l'art. 266, co. 1 e 4 del d.P.R. n. 207/2010, che individuava nell'oevp l'unico criterio di aggiudicazione applicabile per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura (cfr., sul punto, anche la deliberazione Anac n. 82 del 19 settembre 2012). Analogamente, per i servizi sostitutivi di mensa l'art. 285, co. 7, periodo primo e secondo, del medesimo d.P.R. n. 207/2010 prevedeva l'opzione preferenziale per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, facendo – tuttavia – salva la possibilità di applicare il criterio del prezzo più basso fornendo adeguata motivazione.

Il Codice del 2016 imprime un deciso cambiamento: ad essere cancellata è la stessa distinzione netta tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il superamento di tale distinzione deriva da una strutturale rivisitazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In base al Codice del 2016 l'aggiudicazione delle commesse deve avvenire all'esito di una valutazione multi-criterio, nella quale trovino spazio tanto l'apprezzamento della componente economica delle offerte quanto la valutazione, più complessa e discrezionale, dei profili qualitativi. Solo per alcune circoscritte fattispecie il nuovo Codice consente che la valutazione delle offerte possa continuare a compiersi esclusivamente sulla base del prezzo: si tratta degli affidamenti di lavori di importo inferiore ad un milione di euro⁴⁷, degli acquisti di beni e servizi con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, ovvero degli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia europea caratterizzati da elevata ripetitività (fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che abbiano carattere innovativo). Per tali ipotesi, chiarisce il Codice, si può realisticamente ritenere che l'offerta economicamente più vantaggiosa coincida con l'offerta recante il prezzo più basso.

Al di fuori di tale perimetro l'aggiudicazione deve avvenire all'esito di un processo valutativo complesso, che a sua volta può compiersi secondo due modalità: mediante l'offerta economicamente più vantaggiosa intesa come miglior rapporto qualità/prezzo ovvero come miglior rapporto qualità/costo (il quale a sua volta comprende il prezzo).

La prima modalità sostanzialmente corrisponde al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsto già dal Codice del 2006: le offerte vengono valutate sulla base del prezzo nonché sulla scorta di una serie di criteri (e, eventualmente, sub-criteri) qualitativi puntualmente predeterminati negli atti di gara. Questa modalità, come si è anticipato, non è contrassegnata da intrinseci elementi di innovatività rispetto all'assetto pre-2016. Il dato interessante,

⁴⁷ Ad una prima lettura si potrebbe essere indotti a ritenere che la soglia pari ad un milione di euro, al di sotto della quale è tuttora ammesso il ricorso al criterio del prezzo più basso, sia piuttosto alta, e dunque rischi di neutralizzare lo slancio che il nuovo Codice vorrebbe imprimere al sistema sul piano del maggior apprezzamento delle variabili qualitative delle offerte. Il dato in questione deve, tuttavia, essere opportunamente contestualizzato. In particolare occorre tener conto del fatto che, tra le principali novità di cui il nuovo Codice è portatore, vi è anche la regola secondo cui, in materia di lavori, ad essere messo a gara dovrà essere il progetto esecutivo. Questa scelta evidentemente scaturisce dall'intento di controllare il fenomeno della lievitazione dei costi, quale conseguenza della apposizione di varianti e/o riserve. Se, dunque, la scelta del nuovo Codice è stata quella di "imbrigliare" l'oggetto dell'appalto di lavori mettendo a gara un progetto già molto analitico, la possibilità di ricorrere, poi, al criterio del prezzo più basso (per i lavori di importo inferiore al milione di euro) appare coerente: il criterio "meccanico" ben si addice, infatti, all'affidamento di appalti relativi a opere aventi caratteristiche tecnico-qualitative rigidamente predeterminate.

in un'ottica di confronto tra "vecchio" e "nuovo" Codice, risiede piuttosto nel fatto che anche l'offerta economicamente più vantaggiosa intesa come miglior rapporto qualità/prezzo (così come l'offerta economicamente più vantaggiosa intesa come prezzo più basso) costituisce, nell'impianto del d. lgs. n. 50/2016, un criterio non generale: ad esso le stazioni appaltanti ricorrono (obbligatoriamente) soltanto per l'affidamento di contratti relativi a servizi sociali e di refezione ospedaliera, assistenziale e scolastica e servizi ad alta intensità di manodopera⁴⁸.

Di contro, il criterio di aggiudicazione residuale, e dunque ad applicazione generalizzata, nell'assetto tratteggiato dal nuovo Codice è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa intesa come miglior rapporto qualità/costo (ivi compresa la voce prezzo).

Il punto decisivo per comprendere il cambiamento di cui il d. lgs. n. 50/2016 dovrebbe essere vettore risiede nella distinzione tra il concetto statico di prezzo e quello, più evoluto e dinamico, di costo.

Il prezzo rappresenta il corrispettivo dell'acquisizione di un bene o di un servizio. Esso, dunque, coincide con un valore economico focalizzato soltanto sulla fase di acquisto della disponibilità, da parte della stazione appaltante, dell'oggetto dell'appalto. Viceversa, il concetto di costo risulta più ambizioso. Esso, infatti, mira a quantificare il cd. costo del ciclo di vita del "prodotto" (con ciò intendendosi genericamente l'oggetto dell'appalto di volta in volta affidato) corrispondente all'insieme delle voci di spesa cui la stazione appaltante presumibilmente si esporrà nel corso della fase di utilizzo, nonché eventualmente di smaltimento, del bene o del servizio acquisito. In quest'ottica il prezzo rappresenta, quindi, solo una delle componenti della più ampia nozione di costo. Esemplicando: per l'aggiudicazione di un appalto di fornitura di stampanti dovranno essere prese in considerazione, oltre alle caratteristiche qualitative del bene (la silenziosità, velocità, *etc.*), il *costo* del bene, inteso non solo come prezzo di acquisto, ma anche come insieme di prevedibili spese connesse alla manutenzione, al consumo di energia elettrica, alla onerosità della rigenerazione dei toner, ai costi di smaltimento, *etc.*

Vengono, dunque, finalmente attratti nell'area della valutabilità elementi economici che, fino al recente passato, rischiavano di restare nel limbo del "non percepibile", con evidenti conseguenze negative sul piano della qualità degli acquisti pubblici.

Sotto questo profilo, dunque, il Codice senza dubbio realizza un grande passo in avanti. Esso, tuttavia, ancora una volta risulta offuscato da una debolezza strutturale che risiede in una scarsa coerenza nelle scelte di fondo. In quest'ottica l'interrogativo che si pone può essere riassunto nei termini che seguono: ha

⁴⁸ Quelli in cui il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto. Sul carattere inderogabile della norma che impone il criterio dell'oevp per gli affidamenti di servizi ad alta intensità di manodopera cfr.: Tar Lazio, Sez. III *ter*, 13 dicembre 2016, n. 12439.

senso congegnare criteri di aggiudicazione sempre più efficienti e sofisticati per poi consegnare l'applicazione concreta degli stessi ad una commissione composta da soggetti esterni alla stazione appaltante e, dunque, presumibilmente privi di conoscenza storica circa il fabbisogno da cui la commessa scaturisce? In altre parole: che senso ha affinare il criterio di selezione delle offerte, per garantire una maggiore soddisfazione delle esigenze del compratore pubblico, se poi a utilizzare tale criterio sarà un organo che, a causa della sua composizione, rischia di non percepire con completezza la natura e le caratteristiche esatte delle esigenze in questione? Tanto più che, grazie al meccanismo della qualificazione preventiva delle stazioni appaltanti queste ultime dovrebbero già aver dimostrato la capacità di gestire “in proprio” il processo di acquisto?

Il rischio che si profila è, in sintesi, quello di una sorta di neutralizzazione della carica innovatrice di cui il nuovo Codice si dichiara portatore, a causa della natura “strabica” di alcune previsioni, che spingono il sistema verso obiettivi contrastanti e non adeguatamente bilanciati.

Il cambiamento promesso, dunque, rischia di risolversi in una mera rivisitazione, se non addirittura – in certi casi – in una complicazione, della disciplina dei singoli istituti, ciascuno dei quali sembra “suonare un diverso spartito” producendo, inesorabilmente, un generale stridore.

8. *Conclusioni*

La critica al nuovo Codice risulta, indubbiamente, piuttosto facile. Cionondimeno essa è, purtroppo, altrettanto inevitabile.

Si potrebbe, ad esempio, dar dettagliatamente conto della scarsa qualità della tecnica legislativa utilizzata, sia per quanto concerne le scelte lessicali sia per quanto riguarda il (difetto di) coordinamento tra norme. Aspetti, questi ultimi, tutt'altro che superati dalla ripubblicazione avvenuta nel luglio 2016, a meno di un trimestre dall'entrata in vigore del Codice.

Ancor più allarmanti sono le frizioni con il diritto europeo, che si manifestano non solo in una serie di opzioni contrassegnate dalla persistente logica del *gold plating*, ma anche in alcuni grossolani errori materiali, i cui effetti rischiano di condannare la norma di diritto interno ad una inesorabile disapplicazione a causa della manifesta contrarietà al contenuto delle direttive europee. Valga, in tal senso, il richiamo alla norma sull'affidamento dei servizi legali, la quale, a causa di un evidente errore nella trasposizione dell'art. 10 della direttiva 2014/24/UE non richiama, tra le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del Codice medesimo, l'affidamento di servizi legali preordinati a scongiurare il contenzioso giurisdizionale (pur prevedendo, paradossalmente, l'esclusione per i servizi legali volti a scongiurare procedure arbitrali).

L'opzione metodologica esplicitata nelle premesse del presente contributo

ha, tuttavia, indotto a tralasciare la disamina “puntiforme” delle specifiche criticità che interessano il dettato delle singole norme. Il percorso sinora svolto è stato, quindi, orientato a mettere in luce come il limite principale della riforma culminata nel d. lgs. n. 50/2016 consista nel fatto che essa, al di là della retorica che l’ha accompagnata, non riflette alcuna scelta culturale di fondo. Non vi è, in altre parole, una solida intelaiatura valoriale che possa sorreggere interpreti ed operatori nell’applicazione delle nuove regole, la cui formulazione, come si è visto, spesso non brilla per chiarezza e coerenza sistematica.

Questa scelta culturale è stata, in altre parole, annunciata⁴⁹ (si pensi agli enfatici richiami all’efficienza, alla qualità degli acquisti, alla flessibilizzazione delle procedure, all’alleggerimento degli oneri a carico delle imprese, *etc.*) ma, in concreto, non perseguita con sufficiente determinazione. Il risultato è un testo da cui trapela una indecisione di fondo, una costante tensione verso obiettivi rispetto ai quali il legislatore non si è premurato di esprimere, neppure in termini tendenziali, alcun ordine di priorità. Tale ordine verrà probabilmente enucleato dall’Anac, la quale – nelle Linee guida pubblicate – esprime una decisa opzione in favore della rigorosa procedimentalizzazione dei processi di scelta del contraente privato, anche laddove la lettera del Codice consentirebbe il ricorso a procedure informali o financo all’affidamento diretto⁵⁰. Tutto ciò, ovviamente, al prezzo non solo di un complessivo irrigidimento del sistema prefigurato dalle direttive europee ma anche, sul piano della teoria generale delle fonti del diritto, di un preoccupante indebolimento del principio di legalità e, per esso, della certezza del diritto.

⁴⁹ M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull’affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 991.

⁵⁰ Linee guida relative alle «Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici» approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016.

Abstract

The new Italian public procurement Code: chronicle of a revolution only announced

by Annalaura Giannelli

The paper examines the contents of the new Italian public procurement Code. The analysis aims to verify which are the objectives of the recent reform and whether these objectives have been pursued by the new rules. From this point of view the Code is affected by many contradictions, which must be overcome by the scientific literature doctrine and by jurisprudence.

La natura giuridica dell'imballaggio terziario rotto: rifiuto o sottoprodotto?

di Roberto Leonardi

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. – 2. La nozione di rifiuto in ambito europeo e nazionale. – 3. La nozione di imballaggio. – 4. L'imballaggio terziario, il cd. *pallet*. – 5. La nozione di sottoprodotto. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione al tema.*

Il tema della natura giuridica dell'imballaggio terziario, il cd. *pallet*¹, in modo particolare se rotto per i profili di criticità di cui si dirà, nell'ambito delle tematiche ambientali è diventato nel tempo di estrema rilevanza a partire proprio dalla problematica definitoria, la quale necessariamente è il presupposto per l'applicazione o meno di una determinata disciplina normativa, rifiuto ovvero sottoprodotto, e delle conseguenti sanzioni, anche penali, da applicare qualora tale disciplina non venga applicata. L'ulteriore profilo di criticità che si vuole evidenziare è l'incertezza, con conseguenze sanzionatorie di estremo rilievo, che ha colpito gli operatori economici nell'applicazione o meno del regime più favorevole del sottoprodotto ad un imballaggio rotto in luogo di quello del rifiuto, tra il periodo precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 205/2010 di modifica del d.lgs. n. 152/2006 e quello successivo. Come si vedrà il quadro normativo, europeo e nazionale, pare evidenziare la necessità di dover superare tale rigida distinzione.

Innanzitutto pare necessaria una breve ricostruzione europea e nazionale della nozione di rifiuto, con riferimenti alle norme, a partire dalla direttiva 2008/98/CE², recepita in Italia con il d.lgs. n. 205/2010³ di

¹ Ai sensi dell'art. 218, c. 1, lett. d), d.lgs. n. 152/2006, si definisce tale "l'imballaggio concepito in modo da facilitare la manipolazione ed il trasporto di merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, di un certo numero di unità di vendita oppure di imballaggi multipli per evitare la loro manipolazione e danni connessi al trasporto, escluso i container per i trasporti stradali, ferroviari marittimi ed aerei".

² A questa direttiva bisogna affiancare una serie di direttive settoriali, tra cui si ricorda la direttiva 1994/62/CE, modificata dalla direttiva 2013/2/UE, in tema di imballaggi e di rifiuti da imballaggio; la direttiva 2012/19/UE, sui rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche; la direttiva sui veicoli fuori uso 2000/53/CE, la direttiva sulle discariche 1999/31/CE, recepita dal d.lgs. n. 36/2003, la direttiva sugli impianti portuali di raccolta dei rifiuti prodotti dalle navi e dai residui di carico, direttiva 2000/59/CE, recepita dal d.lgs. n. 182/2003 e infine la direttiva 2006/21/UE, sulla gestione dei rifiuti nelle industrie estrattive, recepita dal d.lgs. n. 117/2008.

³ Sulla direttiva 2008/98/CE, v. F. GIAMPIETRO, a cura di, *Commento alla direttiva 2008/98/CE sui rifiuti*, Milano, 2009.

modifica del d.lgs. n. 152/2006, disciplina integrata dagli interventi della giurisprudenza e dalla dottrina ambientalista, per poi concentrarci sulla questione degli imballaggi, con particolare riferimento all'imballaggio terziario. Si potrà dare una qualificazione o meno del cd. *pallet* come rifiuto applicando a tale imballaggio terziario i criteri di definizione di rifiuto individuati espressamente da norme europee e nazionali ovvero applicando criteri e principi che, se pur implicitamente ovvero per le argomentazioni della giurisprudenza europea e nazionale, trovano un fondamento giuridico nelle medesime norme.

2. *La nozione di rifiuto in ambito europeo e nazionale.*

L'art. 183, c. 1, lett. a) del d.lgs. n. 152/2006, il cd. Codice dell'ambiente (d'ora in avanti «Codice») riporta quanto già previsto dal d.lgs. n. 22/1997 e dalla direttiva 2006/12/CE e definisce rifiuto «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi»⁴.

Questa definizione è stata oggetto di ripetuti interventi interpretativi, sia in sede europea, sia in sede nazionale, volti a chiarire la portata della nozione di rifiuto. Il punto nodale della questione, anche ai nostri fini, risiede innanzitutto nell'interpretazione della locuzione «si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi».

A partire dalla circolare del 28 giugno 1999, n. 3402/V/MIN, ancora in vigore per espressa previsione dell'art. 181 *bis*, c. 4, del Codice, il Ministero dell'ambiente ha precisato che un soggetto «si disfa» di qualcosa quando è in atto o è stata effettuata un'attività di smaltimento o di recupero. In questo caso, la qualificazione di un materiale, di una sostanza o di un oggetto come rifiuto emerge dal fatto stesso dell'operazione di smaltimento o di recupero, in atto o passata. In altri casi, ricorre l'obbligo di disfarsi quando la destinazione di un materiale o di una sostanza o di un oggetto allo smaltimento o al recupero sia imposta direttamente dalla legge, ad esempio in caso di oli usati o di batterie esauste, o da un provvedimento dell'autorità o sia conseguenza dalla stessa natura del materiale, dal momento che non è più idoneo alla funzione originaria e può, eventualmente, essere impiegato in un altro ciclo produttivo⁵.

⁴ In tema di rifiuti, v. F. DE LEONARDIS, *Rifiuti*, in G. ROSSI, a cura di, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 308 ss.; R. FERRARA, M.A. SANDULLI, diretto da, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, *passim*; E. PICOZZA, P. DELL'ANNO, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2014, *passim*; F. PERES, *Rifiuti*, in A.L. DE CESARIS, S. NESPOR, *Codice dell'ambiente*, Milano, 2011, 165 ss.; N. LUGARESÌ, S. BERTAZZO, a cura di, *Nuovo codice dell'ambiente*, Rimini, 2009; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008.

⁵ Inizialmente si riteneva che i prodotti secondari dovessero essere qualificati come rifiuti, dal momento che il loro possessore tendeva comunque a disfarsene.

Tra il 1990 e il 2000 si è sviluppata una giurisprudenza comunitaria assolutamente restrittiva

Il criterio oggettivo e di tipo funzionale è presente nelle pronunce giurisprudenziali e di certo si applica nei confronti di un imballaggio, quello terziario, che ancor più degli altri (quello primario e secondario) assolve ad una funzione servente. Il Tribunale di S. Maria Capua V., con la sentenza 7 gennaio 2009, n. 1343 ha sostenuto che la nozione di rifiuto è improntata al criterio oggettivo della «*destinazione naturale all'abbandono*», condizione questa da intendersi non nel senso civilistico della *res nullius* o *derelicta*, cioè disponibile all'apprensione di chiunque, bensì di oggetto e di sostanza ormai inservibile alla sua funzione originaria, dismesso o destinato a essere dismesso da colui che lo detiene. Così, esulano dall'ambito dei rifiuti i beni, le sostanze o i materiali residuali di produzione o di consumo quando gli stessi possano essere e siano effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in un diverso ciclo produttivo o di consumo, senza subire alcun intervento preventivo di trattamento, ovvero subendone uno di lieve entità, e senza recare pregiudizio per l'ambiente, ovvero anche quando abbiano subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero.

Inoltre, per comprendere se il soggetto «*abbia intenzione di disfarsi*» è necessario, sempre secondo la circolare sopra citata, valutare caso per caso tutti i comportamenti del detentore incompatibili con la destinazione di un bene e con la sua funzione originaria ovvero se ne dovrà accertare l'impiego senza alcuna attività di recupero.

In definitiva, secondo la giurisprudenza di maggioranza, il legislatore ha adottato una definizione oggettiva di rifiuto legata da un lato all'obiettiva possibilità di ricondurre determinate sostanze entro categorie predeterminate a livello europeo e, dall'altro, all'obiettiva condotta del detentore o ad un obbligo cui lo stesso è tenuto (*ex multis*, Cass. pen., sez. III, 19 febbraio 2008, n. 7466).

Anche la Corte costituzionale, con la sentenza 28 gennaio 2010, n. 28, è intervenuta sulla nozione di rifiuto per chiarire che sulla base della direttiva 2006/12/CE, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha stabilito alcuni punti

rispetto a qualsiasi ipotesi di riutilizzo dei residui di produzione. La Corte di Giustizia, 28 marzo 1990, in causa C-359/88, *Zanetti*, in *Foro it.*, 1990, IV, 293, affermava che "lo scopo essenziale delle direttive 75/442/CEE e 78/319/CEE sarebbe compromesso qualora l'applicazione delle stesse dipendesse dall'intenzione del detentore di escludere o no una riutilizzazione economica, da parte di altre persone, delle sostanze o degli oggetti di cui egli si disfa".

Tale orientamento di chiusura nei confronti dei residui di produzione venne confermato dalla Corte di Giustizia, 10 maggio 1995, in causa C-442/92, *Commissione CE/Germania*, e *Id.*, 18 dicembre 1997, in causa C-129/96, *Inter Environment Wallonie*, nelle quali i giudici comunitari interrogandosi sul significato da attribuire al termine "*disfarsi*" da cui dipende l'ambito di applicazione della nozione di rifiuto, affermano che "il mero fatto che una sostanza sia inserita, direttamente o indirettamente, in un processo di produzione industriale non la esclude dalla nozione di rifiuto".

Tale orientamento mutò a partire dalla sentenza *Palin Granit* del 2002 con la quale si iniziò a operare la distinzione tra "*residuo di produzione*" e "*sottoprodotto*".

fermi interpretativi: *a*) la nozione di rifiuto deve essere intesa in senso estensivo e in tal modo devono essere interpretate le norme che contengono riferimenti alla stessa; *b*) dalla suddetta nozione sono escluse le sostanze e i prodotti suscettibili di utilizzazione economica, nel caso in cui non si tratti di prodotti di cui il detentore si disfa; *c*) in tale nozione non sono compresi i sottoprodotti, intesi come beni, materiali o materie prime, che derivano da un processo di estrazione o di fabbricazione, che non è destinato principalmente a produrli, a condizione che la loro utilizzazione sia certa e non eventuale, avvenga senza trasformazioni preliminari e al fine di commercializzare il materiale, anche eventualmente per destinarlo a soggetti diversi dal produttore (*ex multis*, Corte di Giustizia, 18 aprile 2002, in causa C-9/00, *Palin Granit Oy*; Id., 11 settembre 2003, in causa C-114/01, *Avesta Polarit Chrome Oy*).

In sintesi, come sottolineato anche da autorevole dottrina⁶, la giurisprudenza della Corte di Giustizia muove dalla premessa secondo cui la decisione circa la natura di rifiuto di una sostanza o di un oggetto presuppone una valutazione caso per caso e questa valutazione deve essere operata tenendo conto dell'obiettivo di agevolare, nei limiti del possibile, il riutilizzo dei materiali. È, pertanto, una costante della giurisprudenza europea il convincimento secondo il quale un bene effettivamente riutilizzato nel medesimo o analogo ciclo produttivo, senza trattamento, non sia un rifiuto e come tale si sottrae alla disciplina ad esso applicabile. A tal proposito si ricorda che l'art. 183, c. 1, lett. *r*), del Codice, definisce il riutilizzo come «qualsiasi operazione attraverso la quale i prodotti o suoi componenti che non sono rifiuti sono reimpiegati per la stessa finalità per la quale erano concepiti». La giurisprudenza europea è del tutto pacifica sulla necessità di escludere il più possibile dal novero dei rifiuti beni e sostanze di cui si può effettuare un riutilizzo, come oggi prevede espressamente anche l'art. 180 *bis* del Codice e questo principio di politica ambientale era già presente nell'ordinamento europeo anche prima della direttiva rifiuti del 2008. Infatti, a partire dalla citata sentenza *Palin Granit* del 2002 della Corte di Giustizia⁷ si iniziò a operare la distinzione tra i residui di produzione, ossia sostanze che non sono ricercate in quanto tali al fine di un possibile utilizzo ulteriore, ossia sostanze che, pur non costituendo lo scopo primario della produzione, tuttavia, l'impresa «intende sfruttare o commercializzare a condizioni per lei favorevoli, in un processo successivo, senza

⁶ B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, *passim*.

⁷ Il *favor* per il sottoprodotto veniva ribadito in Corte di Giustizia, 11 settembre 2003, in causa C-114/01, *Avesta Polarit Chrome*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 995, nota di L. BUTTI, nel senso dell'esclusione della natura di rifiuti per quei beni, materiali o materie prime, i sottoprodotti, che, pur ottenuti accidentalmente nel corso della lavorazione, ossia come risultato diverso rispetto a quello cui principalmente mira il ciclo produttivo, vengano effettivamente riutilizzati, senza trasformazione preliminare, nel corso del processo di produzione.

Negli stessi termini, v. Corte di Giustizia, 11 novembre 2004, in causa C-457/02, *Niselli*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 275 ss..

operare trasformazioni preliminari» (punto 34). Ancora, in questa pronuncia che ha anche condizionato le decisioni nazionali sul tema *de quo*, i giudici affermavano che la differenza tra prodotti e rifiuti risiedeva nell'assenza di operazioni di trasformazione preliminare e nella certezza del riutilizzo senza recare pregiudizio all'ambiente e per essa non vi era alcuna giustificazione per assoggettare alle disposizioni in tema di rifiuti, beni, materiali o materie prime che dal punto di vista economico avevano il valore di prodotti, indipendentemente da qualsiasi trasformazione e che, in quanto tali, erano soggetti alla normativa applicabile a tali prodotti (punto 35). Proprio il vantaggio economico derivante dal riutilizzo di un bene avrebbe dovuto comportare l'esclusione del bene stesso dalla nozione di rifiuto e dalla relativa disciplina. A tal proposito, l'art. 181 *bis* del Codice non fa rientrare espressamente nella nozione di rifiuto di cui all'art. 183, c. 1, lett. *a*), le materie, le sostanze e i prodotti secondari «che abbiano un effettivo valore economico», (lett. *e*) in una logica di costi-benefici come indicato anche dall'art. 182 del Codice in tema di smaltimento dei rifiuti.

Pertanto, oltre al criterio del «*riutilizzo certo*» di un bene, anche il suo valore economico, e quindi il suo essere oggetto di un mercato di scambio, lo sottrae dalla nozione di rifiuto e dalla relativa disciplina. A tal proposito è di certo significativa anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale «se, in astratto, e secondo una nozione merceologica, le batterie al piombo esauste non sono un 'prodotto', ma un 'rifiuto pericoloso', è anche vero che, in concreto, anche a causa dell'aumento del costo del piombo, tale 'rifiuto' è divenuto un bene contendibile sul mercato, oggetto di scambio. Correttamente va pertanto qualificato come 'prodotto' oggetto di un mercato di scambio»⁸.

Tali interpretazioni e argomentazioni ben si conciliano con quello che storicamente costituisce il perno attorno al quale ruotano sia le direttive europee, sia le norme nazionali di recepimento in tema di rifiuti. Si ha riguardo per il principio di prevenzione e quello di precauzione di cui all'art. 191 TFUE⁹.

⁸ Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ Per uno studio dei principi europei in materia ambientale, v. M. RENNA, *Ambiente e territorio nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 649 ss.; ID., *I principi in materia di tutela ambientale*, in www.rqda, 1-2/2012.

I principi di prevenzione e di precauzione vengono fusi in una sorta di ideale endiadi anche da P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 355 ss..

Il principio di precauzione e di prevenzione sono stati oggetto nel tempo di una crescente attenzione da parte della dottrina soprattutto per la loro trasversalità e le implicazioni sistematiche che essi comportano.

Su tali principi, si veda L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in AA.VV., *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. FERRARA, M.A. SANDULLI, I, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. FERRARA, C.E. GALLO, cit., 135 ss.; P. LOMBARDI, *Piano regionale di tutela delle acque e infrastrutture necessarie*, in questa *Rivista*, 2014, 111 ss.; M. MONTINI, *Evoluzione, principi e fonti del diritto internazionale dell'ambiente*, in E. PICOZZA, P. DELL'ANNO, a cura di, *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit.,

Il principio di prevenzione, in particolare, è previsto dalla direttiva rifiuti 98/2008/CE (art. 3, c. 12, e art. 4) e definito dall'art. 183, c. 1, lett. *m*) del Codice, come l'insieme delle misure adottate prima che una sostanza, un materiale o un prodotto diventi rifiuto, ad esempio favorendo il riutilizzo (art. 183, c. 1, lett. *r*, del Codice) ovvero estendendo il ciclo di vita del prodotto. Quindi è del tutto evidente il *favor* del legislatore europeo prima e di quello nazionale dopo per una esclusione dalla nozione di rifiuto di beni che nella sostanza ed economicamente non sono e non devono diventare rifiuti, favorendo tutte le procedure che non fanno diventare rifiuto un bene, sottraendolo così dalla relativa disciplina¹⁰. Dunque, mentre l'assetto normativo in passato era rivolto alla *gestione* del rifiuto, dando quasi per scontato che esso non fosse un prodotto necessario della società contemporanea, oggi si vuole evitare o quantomeno ridurre la produzione dei rifiuti e questa deve essere la chiave di lettura con la quale si devono interpretare tutte le norme ambientali europee e nazionali in materia di rifiuti, di certo dal 2008, ma come si dirà fin dal 1975, anno di approvazione della direttiva rifiuti n. 442. Nasce così la cd. *società del riciclaggio* che vede il suo perno nella gerarchia delle modalità di approccio alle problematiche ambientali generate dalla produzione dei rifiuti, mettendo al primo posto la prevenzione con le attività ad essa riconducibili (preparazione per il riutilizzo, riutilizzo, riciclaggio, recupero) e solo in via residuale lo smaltimento¹¹.

33 ss.; R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"*, in questa Rivista, 2012, II, 61; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 87 ss.; V. PARISIO, *Principe de precaution et organisation administrative*, in Amel Aouij-Mrad, a cura di, *Quelles précautions pour quels risques? Regards croisés sous les responsabilités scientifiques de Amel Aouij-Mrad*, Collections Forum des Juristes n. XV, Latrah Edition, 2011, 265 ss.; ID., *Protection juridique de l'environnement et mondialisation en Italie*, in J. MORAND, DEVILLER, J. C. BONICHOT, *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques: l'exemple du droit de l'environnement*, Iris, 2010, 271 ss.; F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in www.rqda.it, n. 2/2011; B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, M. A. SANDULLI, a cura di, Milano, 2011, 149 ss.; S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, *ivi*, 1394 ss.; R. LEONARDI, *IL principio di precauzione*, in AA.VV., *Il codice dell'ambiente*, a cura di, S. NESPOR, A. L. DE CESARIS, Milano, Agg. 2011; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nella recente codificazione*, in *Studi sul Codice dell'ambiente*, a cura di, M. P. CHITI, R. URSI, Torino, 2009, 77 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007, 245 ss.; G. COCCO, *Ambiente. Il sistema organizzativo ed i principi fondamentali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da, M. P. CHITI, G. GRECO, Milano, Parte speciale, I, 2007, 181 ss.; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005.

¹⁰ Corte di Giustizia, 25 giugno 1998, in causa C-203/96; TAR Abruzzo, Pescara, 3 dicembre 2010, n. 1274, sui principi di precauzione e di prevenzione nella gestione dei rifiuti; TAR Puglia, 19 maggio 2004, n. 2260, sulla priorità del recupero rispetto allo smaltimento; Cons. Stato, sez. V, 1 dicembre 2003, n. 7829, sulla priorità del recupero rispetto allo smaltimento; in dottrina, F. DE LEONARDIS, *I rifiuti*, in G. ROSSI, a cura di, *Diritto dell'ambiente*, cit., 308.

¹¹ In questi termini, F. DE LEONARDIS, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit., 308 ss..

3. *La nozione di imballaggio*

Nell'ambito della Parte IV del Codice il Titolo II è dedicato alla gestione degli imballaggi. Gli artt. 217-226 (già artt. 34-43 del d.lgs. n. 22/1997) recepiscono la direttiva 94/62/CE, come integrata e modificata dalla direttiva 2004/12/CE.

Il provvedimento europeo è stato adottato sulla base dell'*ex art.* 100 (ora art. 95) del Trattato CE, in considerazione degli effetti sul mercato interno della regolamentazione del settore degli imballaggi. La disciplina in materia trae spunto dal principio della c.d. responsabilità condivisa e si pone l'obiettivo di garantire che l'impatto ambientale degli imballaggi, così come dei rifiuti da imballaggio, sia ridotto il più possibile¹².

La nozione di imballaggio si ricava in modo particolare dagli atti europei e, quindi, in caso di dubbi circa l'identificazione di un materiale come imballaggio o meno si deve fare riferimento ai requisiti e ai criteri interpretativi individuati proprio nelle direttive sopra richiamate, cui del resto lo stesso Codice rinvia (v. allegato E alla Parte IV).

L'art. 3, punto I, c. 1, della direttiva 94/62/CE definisce l'imballaggio come tutti i prodotti composti di materiali di qualsiasi natura, adibiti a contenere e a proteggere determinate merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna dal produttore al consumatore o all'utilizzatore, e ad assicurare la loro presentazione. Anche tutti gli articoli 'a perdere' usati allo stesso scopo devono essere considerati imballaggi. Questa definizione è stata recepita con l'art. 218, c. 1, lett. a) del Codice nel cui ambito troviamo le definizioni di *imballaggio primario*, di *imballaggio secondario* e, ciò che più rileva ai nostri fini, di *imballaggio terziario*.

Brevemente, il primo costituisce un'unità di vendita per l'utente finale/consumatore; il secondo rappresenta un raggruppamento di un certo numero di unità di vendita e ha come fine quello di facilitare il rifornimento degli scaffali nel punto di vendita; infine, l'imballaggio terziario è «concepito in modo da facilitare la manipolazione e il trasporto di merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, di un certo numero di unità di vendita oppure di imballaggi multipli per evitare la loro manipolazione e i danni connessi al trasporto, esclusi i container per i trasporti stradali, ferroviari marittimi ed aerei».

¹² Dal punto di vista organizzativo, i produttori devono partecipare al Consorzio Nazionale Imballaggi (CONAI), ente di diritto privato senza fine di lucro (art. 224, d.lgs. n. 152/2006), a meno che non venga attuata l'organizzazione autonoma della gestione dei propri rifiuti. Il CONAI predispone un *Programma generale di prevenzione e di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*, ai sensi dell'art. 225, d.lgs. n. 152/2006. Possono altresì essere costituiti altri Consorzi, distinti per tipologia d'imballaggio, al fine di organizzare l'attività di raccolta, di ritiro e di riciclaggio in diversi settori (art. 223, d.lgs. n. 152/2006).

4. *L'imballaggio terziario, nello specifico il cd. pallet*

L'imballaggio terziario ha, come si evince dalla definizione che ne dà l'art. 218, c. 1, lett. *d*), del Codice, una funzione servente e quindi strumentale e di trasporto di altre merci. La stessa funzione primaria di trasporto ha come conseguenza che l'imballaggio terziario deve essere un imballaggio riutilizzabile e non un imballaggio a perdere.

L'art. 218, c. 1, lett. *e*), del Codice, definisce l'imballaggio riutilizzabile, l'imballaggio o componente di imballaggio che è stato concepito e progettato per sopportare nel corso del suo ciclo di vita un numero minimo (la legge non indica un numero massimo) di viaggi o di rotazioni all'interno di un circuito di riutilizzo. Pertanto, come precisato dalla successiva lett. *i*) per riutilizzo s'intende una operazione di nuovo riempimento e quindi reimpiego dell'imballaggio terziario, come il cd. *pallet*, al termine di ogni spostamento previsto. Questo per tutto il suo ciclo di vita e quindi fino a quando sarà considerato un bene dell'impresa e dotato di un proprio valore economico per la capacità di svolgere la propria funzione servente di trasporto.

La risposta all'interrogativo se e in che termini un imballaggio terziario debba considerarsi un rifiuto, con l'applicazione o meno della relativa disciplina, deve essere individuata nello stesso Codice, e nella direttiva 2004/12/CE a monte, le quali comunque non possono non condizionare e indirizzare altre fonti di tipo regolamentare di grado inferiore rispetto alle fonti citate. Sono, così, innanzi tutto due i requisiti che un imballaggio terziario deve possedere per essere considerato un rifiuto, uno *soggettivo* legato al detentore e all'utilizzatore e uno *oggettivo* inerente alle caratteristiche funzionali del bene imballaggio.

Partendo da quello soggettivo, un imballaggio diventa rifiuto se rientra nella definizione di rifiuto di cui all'art. 183, c. 1, lett. *a*), come espressamente disposto dall'art. 218, c. 1, lett. *g*) del Codice; quindi il detentore se ne disfa o ha intenzione di disfarsene o è obbligato dalla legge.

I primi due casi indicano una scelta volontaria del detentore che difficilmente si può immaginare proprio per la funzione di trasporto svolta e quindi essenziale nell'attività di impresa del detentore di tale bene. Così è difficile immaginare prescrizioni di legge che dispongano un vero e proprio obbligo di rifiuto dell'imballaggio terziario – a meno che non vi siano elementi oggettivi e tecnici (v. d.m. 5 febbraio 1998 e s.m.i e le norme UNI) – che mal si concilierebbe con altre previsioni di legge che anche in tema di imballaggi favoriscono il principio della prevenzione attraverso il riutilizzo. Basti citare sempre l'art. 218, c. 1, lett. *b*), del Codice, in combinato disposto con quanto già previsto dagli artt. 180, 182 e 183, c. 1, lett. *m*), secondo il quale la *prevenzione* indica «la riduzione della quantità (...) sia degli imballaggi sia dei rifiuti degli imballaggi nella fase del processo di produzione, nonché in quella della commercializzazione, della distribuzione,

dell'utilizzazione e della gestione post-consumo». Ancora si cita la sentenza della Corte di Giustizia, sez. III, 18 dicembre 2007, *Commissione c. Repubblica italiana* che ha definito l'obbligo di disfarsi, come «l'obbligo di avviare un materiale, una sostanza o un bene ad operazioni di recupero o di smaltimento, stabilito da una disposizione di legge o da un provvedimento delle pubbliche autorità o imposto dalla natura stessa del materiale, della sostanza e del bene o dal fatto che i medesimi siano compresi nell'elenco dei rifiuti pericolosi di cui all'allegato D del d.lgs. n. 22/1997». Anche se, come sopra richiamato, anche un rifiuto pericoloso può essere ancora considerato prodotto in presenza di un mercato che ne favorisca uno scambio per il permanere di un valore economico del bene.

Allo stesso tempo, l'art. 219, c. 1, lett. a), del Codice, è volto a favorire la produzione di imballaggi riutilizzabili e il loro concreto riutilizzo, principio già espresso dall'art. 8 della direttiva 2004/12/CE in cui si afferma che «la Commissione (...) presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'attuazione della presente direttiva e sul suo impatto sull'ambiente, nonché sul funzionamento del mercato interno. La relazione tiene conto delle situazioni specifiche di ciascuno Stato membro. La relazione contiene i seguenti elementi: (...) e) l'incoraggiamento del riutilizzo e, in particolare, la comparazione tra i costi e benefici del riutilizzo e i costi e benefici del riciclaggio».

Passando al secondo requisito, un imballaggio diventa rifiuto se e quando termina il proprio ciclo di vita, ossia cessa di essere reimpiegato (art. 218, c. 1, lett. f), del Codice) perché danneggiato e quindi non è più adatto a svolgere la funzione per cui era stato creato, ossia il trasporto. Sul grado di danneggiamento – al di là delle norme tecniche in grado di definire a priori quando un imballaggio terziario sia danneggiato a tal punto da doverlo considerare rifiuto – se applichiamo un criterio di ragionevolezza, il danneggiamento che fa diventare un imballaggio da bene a rifiuto dovrà essere considerato o irreparabile o, se riparabile, l'intervento di ripristino sarà assimilabile ad un vero e proprio intervento ricostruttivo e quindi di recupero (potremmo definirla manutenzione straordinaria). In tale caso si dovrà applicare, ovviamente, la disciplina sui rifiuti. Di contro, la necessità di una manutenzione che potremmo definire *ordinaria* non potrà far divenire rifiuto un imballaggio perché, in primo luogo, argomentando in modo contrario, si andrebbe ad ampliare in modo non ragionevole la categoria dei rifiuti con i relativi problemi di gestione, in palese contrasto con le norme europee e nazionali; in secondo luogo, la manutenzione ordinaria si limita ad accrescere la funzionalità del prodotto in presenza di un valore economico del bene sostanzialmente inalterato e non ne modifica le caratteristiche strutturali e merceologiche per far riacquistare un valore economico ad un prodotto diventato rifiuto. Per questo motivo la cd. manutenzione ordinaria si colloca al di fuori delle definizioni di recupero e di riciclaggio di cui all'art. 183, lett. i) e ii), del Codice.

Quindi, in definitiva, un imballaggio terziario non è rifiuto se *a)* non rientra nella definizione dell'art. 183, c. 1, lett. *a)* del Codice; *b)* non è rifiuto se è riutilizzabile in modo diretto, certo e non eventuale perché non necessita di riparazione ovvero *c)* un imballaggio terziario non è rifiuto anche se necessita di minime riparazioni che non ne alterano e non ne modificano le caratteristiche originarie, o ancora *d)* un imballaggio terziario non è un rifiuto se mantiene un valore economico di mercato da cui deriva un elevato grado di probabilità di riutilizzo, anche come sottoprodotto (sull'uso anche probabile e non certo del cd. residuo di produzione v. Cass. pen., sez. III, 10 luglio 2008, n. 35235); ancora *e)* i pallet usati possono essere considerati beni d'imballaggio e non rifiuti d'imballaggio in caso di riparazione in conto terzi o di vendita di partite direttamente riutilizzabili già selezionate alla fonte dall'utilizzatore, operazioni che, tuttavia, devono essere accuratamente disciplinate, in ogni aspetto, in apposite procedure aziendali.

Da ultimo è da rilevare che una stretta applicazione della nozione di rifiuto che non tenga in debito conto i criteri sopra indicati in riferimento alla gestione dell'imballaggio, e quindi una non ponderata applicazione delle norme che disciplinano la gestione dell'imballaggio (tra cui dobbiamo annoverare anche quelle che portano ad escludere o meno l'imballaggio terziario dalla nozione di rifiuto) non solo non contribuiscono alla prevenzione e alla tutela dell'ambiente, favorendo un irragionevole profilare di rifiuti comunque da gestire, ma si pongono anche in contrasto con il corretto funzionamento del mercato e della concorrenza, secondo le prescrizioni del diritto dell'UE¹⁵. Sulla tutela della libera concorrenza, in aggiunta alla tutela dell'ambiente, in riferimento agli imballaggi, si è pronunciata la giurisprudenza amministrativa, se pur in riferimento all'azione di recupero e di riciclo di un imballaggio diventato rifiuto (TAR Lazio, sez. II *bis*, 2 febbraio 2012, n. 1136). È di tutta evidenza, pertanto, che se il riciclo è finalizzato alla tutela dell'ambiente, ma anche della libera concorrenza, agli stessi fini sarà maggiormente orientato, e pertanto da favorire, il riutilizzo diretto dell'imballaggio ancor prima che diventi rifiuto, in stretta applicazione della gerarchia dei criteri di cui all'art. 179 del Codice. Infatti, secondo l'art. 179, c. 2, del Codice, «nel rispetto della gerarchia di cui al comma 1 devono essere adottate le misure volte a incoraggiare le opzioni che garantiscono (...) il miglior risultato complessivo, tenendo conto degli impatti sanitari, sociali ed economici, ivi compresa la fattibilità tecnica e la praticabilità economica».

5. *La nozione di sottoprodotto.*

A favore delle argomentazioni sui criteri per l'individuazione o meno dell'imballaggio terziario come rifiuto è di rilievo, come si è già anticipato, anche

¹⁵ In questi termini si è espresso N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2012.

la nozione di sottoprodotto per la cui nozione occorre riflettere sul dato di fatto che assai frequentemente nella produzione industriale spesso si realizza la produzione di prodotti secondari che possono essere riutilizzati nel medesimo o anche in altro processo produttivo¹⁴.

Inizialmente si riteneva che tali prodotti secondari dovessero essere qualificati come rifiuti, dal momento che il loro possessore tendeva comunque a disfarsene (in giurisprudenza, v. Corte di Giustizia, 28 marzo 1990, in causa C-359/88, *Zanetti*; Id., 10 maggio 1995, in causa C-442/92, *Commissione CE/Germania*; Id., 25 giugno 1997, in causa C-304, 330, 342/94 e 224/95, *Tombesi*; Id., 18 dicembre 1997, in causa C-129/96, *Inter Environment Wallonie*; Id., 15 giugno 2000, in causa C-418 e 419/1997, *Arco*).

Successivamente, a seguito della sentenza *Palin Granit* del 2002 citata, s'iniziò ad operare una distinzione tra i *residui di produzione*, ossia sostanze che non sono ricercate in quanto tali al fine di un possibile utilizzo ulteriore (da considerare veri e proprio rifiuti) e i cd. *sottoprodotti*, ossia sostanze e materiali che, pur non costituendo lo scopo primario della produzione, tuttavia, *l'impresa intende sfruttare e commercializzare a condizioni per lei favorevoli, in un processo successivo, senza operare trasformazioni preliminari* (punto 34 della sentenza). Dalla sentenza citata in poi la nozione di sottoprodotto si è ampliata, arrivando così all'attuale definizione di sottoprodotto la quale assume rilevanza ai nostri fini (art. 184 *bis*, d.lgs. n. 152/2006; Corte di Giustizia, 11 settembre 2003, in causa C-114/01, *Avesta Polarit Chrome*; Id., 15 gennaio 2004, in causa C-235/02, *Saetti e Frediani*; Id., 8 settembre 2005, in causa C-416/2002 e C-121/2003, *Commissione/Spagna*; sulla possibilità di trattamenti che rientrano nella *'normale pratica industriale*, v. Cass. pen., sez. III, 26 settembre 2011, n. 34753). In altri termini, il materiale di imballaggio terziario non è rifiuto, sottraendosi così alla relativa disciplina, se può essere qualificato come sottoprodotto. Un bene d'imballaggio è considerato tale se vengono soddisfatti i requisiti, i criteri e le condizioni previste dall'art. 184 *bis*, del Codice. Di certo il materiale, perché possa essere qualificato come sottoprodotto, deve essere destinato ad un riutilizzo certo e quindi non del tutto eventuale, sin dalla fase della produzione, e avvenire nel corso del processo di produzione o di utilizzazione preventivamente individuato e definito ovvero in un ciclo di

¹⁴ Sulla nozione di sottoprodotto la giurisprudenza è ormai ricca e pacifica. *Ex multis*, TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 8 aprile 2015, n. 498, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 7 gennaio 2015, n. 22, *ivi*; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 16 dicembre 2013, n. 1115, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 12, 3888; TAR Trentino Alto Adige, Sez. I, 4 dicembre 2013, n. 392, *ivi*.

Alla nozione di sottoprodotto si deve affiancare quella di *cessazione della qualifica di rifiuto o end of waste*. Tale fattispecie si realizza qualora il rifiuto sia sottoposto ad un intervento di recupero, compreso il riciclaggio e la preparazione per il riutilizzo, in presenza di un mercato per tale sostanza, escludendo impatti complessi negativi per l'ambiente o per la salute umana (art. 184 *ter*, d.lgs. n. 152/2006).

produzione diverso, purché certo (v. Corte di Giustizia CE, sez. III, 18 dicembre 2007, n. 194; Cass. pen., sez. III, 16 marzo 2011, n. 28204; TAR Piemonte, sez. I, 5 giugno 2009, n. 1563; Corte cost., 28 dicembre 2006, n. 458; Cass. pen., sez. III, 21 dicembre 2006, n. 14557; TAR Veneto, sez. III, 26 gennaio 2010, n. 149). A tale ultimo proposito non mancano in giurisprudenza pronunce che abbiano escluso il requisito della certezza del riutilizzo, sostituito da un elevato grado di probabilità di riutilizzo (Cass. pen., sez. III, 10 luglio 2008, n. 35235).

La certezza del riutilizzo del materiale è prescritta con riferimento al materiale *in toto*, come può avvenire per il cd. *pallet*, e non a parti o quantitativi dello stesso. Se l'autorità competente, analizzando il singolo caso, non ha indizi sufficienti che garantiscano l'utilizzo di tutto il materiale in questione, essa va automaticamente classificato come rifiuto (Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, 21 febbraio 2007, COM (2007) 59 def., p. 7). L'impiego, infine, non solo deve essere sicuro, ma deve avvenire in tempi ragionevoli e certi (Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 38514, secondo cui l'impiego certo è incompatibile con lo stato di abbandono dei rifiuti stessi per un periodo superiore all'anno). Tuttavia, il deposito di materiali residuati dai cicli di produzione nel luogo dove gli stessi vengono prodotti o nelle vicinanze o in altro luogo non costituisce di per sé elemento univoco per qualificarli come rifiuti se dalle modalità del deposito, dalla sua durata o da altre circostanze non può desumersi con certezza la qualificazione di rifiuto con l'esclusione della disciplina alla essa applicabile (Cass. pen., sez. III, 12 settembre 2008, n. 35235).

Per effetto della terza condizione nella definizione del sottoprodotto, di cui all'art. 184 *bis* del Codice, "la sostanza o l'oggetto può essere utilizzato direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla *normale pratica industriale*".

Si deve innanzi tutto notare un'importante apertura rispetto alla precedente nozione di sottoprodotto; mentre in passato la norma escludeva ogni genere di trattamento, oggi vengono ammessi tutti quei trattamenti che rientrano nelle *normale pratica industriale*. Il tema rimane tuttavia in parte controverso nella difficile distinzione tra una pratica industriale *normale* e una *non normale*. È una condizione che in dottrina è stata giudicata troppo generica¹⁵ e introduce una questione tutt'altro che semplice e univoca, e tuttavia basilare. Il richiamo alla *normale pratica industriale* è infatti essenziale per l'identificazione dei trattamenti ammessi sui residui di produzione senza che essi divengano, a seguito di tali trattamenti, rifiuti. Da un lato infatti la *normale pratica industriale* non può essere eccessivamente circoscritta, pena la sostanziale abrogazione dell'art. 184 *bis*, c. 1¹⁶. Dall'altro lato essa però non può neppure comprendere qualsiasi operazione comunemente inserita in un ciclo produttivo, altrimenti si finirebbe per trasformare anche

¹⁵ F. GIAMPIETRO, MURATORI, ROTTGEN, *Il d.lg. n. 205/2010 sui rifiuti: prima lettura*, in *Ambiente e sviluppo*, 2001, 2, 105.

¹⁶ Sul punto, F. DE LEONARDIS, in G. ROSSI, a cura di, *Diritto dell'ambiente*, cit., 308.

ogni operazione di recupero dei rifiuti tra quelle elencate ai punti da R1 ad R3 dell'Allegato II alla Direttiva in trattamento preliminare all'utilizzo del sottoprodotto¹⁷. È stato inoltre osservato che per pratica normale si deve intendere quella che viene applicata a quel processo produttivo anche quando, invece che sottoprodotti, vengano impiegate vere e proprie materie prime. Questa indicazione rischia però di ridurre ad ambiti veramente esigui la scelta del sottoprodotto¹⁸. Il riferimento potrebbe essere, in senso *oggettivo*, a ciò che la tecnica già conosce e ha in qualche modo collaudato, ma è stata anche proposta un'interpretazione in senso *sogettivo* secondo la quale ciò che assume rilevanza non è tanto il tipo di operazione, quanto il contesto nel quale questa viene svolta, nel senso che per trattamenti ammessi ai sensi della lettera c) devono intendersi tutte quelle operazioni che sono tipiche di un determinato ciclo produttivo; in altri termini la nozione di *normale pratica industriale* non dovrebbe essere intesa in termini assoluti ovvero con riferimento alle pratiche comunemente note e in uso nell'ambito di un determinato comparto produttivo, quanto, invece, con riferimento a quelle in uso in via ordinaria presso lo stabilimento nel quale il sottoprodotto è destinato ad essere utilizzato¹⁹. Tale interpretazione, tuttavia, rischia di condurre a qualificazioni basate su situazioni peculiari non replicabili con possibili contrasti con le finalità della direttiva 2008/98/CE enunciate nei *considerando*. Per questo motivo pare opportuno nella qualificazione della *normale pratica industriale* trovare un fondamento sia in elementi soggettivi, sia oggettivi.

6. Conclusioni.

Alla luce di quanto detto fin qui, sulla natura giuridica degli imballaggi terziari riotti, pare che si possa sostenere una diretta e immediata applicazione della direttiva 2008/98/CE in virtù dell'art. 117, c. 1, Cost., i cui principi ispiratori erano già contenuti nel d.p.r. n. 915/1982 di recepimento della direttiva 75/442/CEE.

Infatti, tra i principi generali contenuti all'art. 1 del d.p.r. citato si enuncia in modo esplicito che devono essere promossi, con l'osservanza dei criteri di economicità ed efficienza, sistemi tendenti a riciclare e riutilizzare i rifiuti o recuperare da essi materiali ed energia. In definitiva, già nel 1982, si esprimeva un evidente *favor* per questi sistemi industriali tendenti a limitare la produzione di rifiuti, recependo così nel nostro ordinamento il principio comunitario del 1975

¹⁷ L. PRATI, *La nuova definizione di sottoprodotto ed in trattamento secondo la "normale pratica industriale"*, in www.ambientediritto.it.

¹⁸ LAGEARD, GEBBIA, *Soluzione "sottoprodotto": scelta a rischio contestazione per il produttore del residuo*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011.

¹⁹ S. ANILE, *Rifiuti, sottoprodotti e Mps: commento ai nuovi articoli 184 bis e 185 ter*, in *Rifiuti*, 2011, 38.

espresso nel suo art. 3, ai sensi del quale gli Stati membri devono adottare misure appropriate per promuovere il recupero dei rifiuti mediante riciclo, reimpiego, riutilizzo ovvero ogni altra azione intesa a ottenere materie prime o secondarie ovvero l'uso dei rifiuti come fonte di energia. Pertanto, è un dato storico e di certo non introdotto dal d.lgs. n. 205/2010, considerare la disciplina dei rifiuti caratterizzata per la priorità assoluta riservata fin dagli anni '70 alla prevenzione e alla riduzione della produzione e della nocività dei rifiuti (l'aumento costante del loro volume rischia di vanificare gli sforzi di recupero e di smaltimento; sotto questo profilo vengono in evidenza meccanismi quali la promozione di eco bilanci, gli accordi con i produttori e il cd. *green procurement*, come da ultimo disciplinato dal d.lgs. n. 50/2016²⁰) e, in ossequio alla logica della valorizzazione dei rifiuti come risorsa, impegna le amministrazioni ad adottare misure dirette al loro recupero, e cioè alla riutilizzazione della sostanza. La Corte di Giustizia, 27 febbraio 2002, in causa C-6/00, ha chiarito che il recupero, rispetto allo smaltimento, ha una "*funzione utile*", sostituendo altre risorse che di conseguenza non vengono consumate.

Il quadro normativo, europeo e nazionale, pare a questo punto evidenziare la necessità di dover superare la rigida distinzione, nell'applicazione o meno del regime più favorevole del sottoprodotto ad un imballaggio rotto in luogo di quello del rifiuto, tra il periodo precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 205/2010 di modifica del d.lgs. n. 152/2006 e quello successivo, dal momento che il *favor* legislativo per un ampliamento della nozione di sottoprodotto è di certo risalente nel tempo e vede una sua affermazione in sede comunitaria. Diventa a questo punto una questione di interpretazione delle norme che inevitabilmente si divide tra una interpretazione più restrittiva e una più estensiva.

Nel primo caso il d.lgs. n. 205 e la sua entrata in vigore diventa la rigida linea di confine nella distinzione tra la nozione di rifiuto e quella di sottoprodotto da applicare all'imballaggio terziario rotto, con le relative discipline autorizzatorie e sanzionatorie; nel secondo caso, a cui si aderisce, si vuole superare tale rigida distinzione, da una parte vedendo nell'art. 117, c. 1, Cost., il fondamento costituzionale che legittimerebbe sempre e comunque una immediata applicazione del diritto europeo nei singoli Stati membri e questo tanto più che le disposizioni che si intendono applicare sono alla base di un incremento della tutela ambientale che inevitabilmente passa non da un aumento della quantità di rifiuti, ma proprio da una sua riduzione, incentivando forme di riciclo e di riutilizzo e applicando

²⁰ Sul Codice degli appalti, v. P. COSMAI, R. IOVINO, a cura di, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Padova, 2016; AA.VV., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, Milano, 2016; AA.VV., *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016; *Codice degli appalti pubblici*, a cura di, ESPOSITO, Padova, 2017.

Per un approfondimento giurisprudenziale e dottrinale sul d.lgs. n. 50/2016, si rinvia a *www.lamministrativista.it*, il portale dei contratti pubblici.

di certo fin dalla direttiva 2008/98/CE il concetto di *“normale pratica industriale”*. È lo stesso art. 191, c. 2, TFUE²¹, a dettare principi generali dell'ordinamento giuridico che trovano un'immediata applicazione nel nostro ordinamento sempre per espressa previsione dell'art. 117, c. 1, Cost.. Allo stesso tempo l'ambiente è da considerare come valore fondamentale del singolo individuo, art. 2 Cost., la cui tutela attraverso la tutela di un bene comune non può trovare limitazioni da un termine di recepimento di una direttiva europea e quindi il giudice dovrebbe applicare sempre e comunque, caso per caso, la disciplina più favorevole per la tutela dell'ambiente. Quest'ultimo profilo ci permette di considerare che la stessa Corte di Giustizia dell'UE, nella sentenza del 22 novembre 2005, in causa C-144/04, *Mangold*, aveva sostenuto la necessità di anticipare gli effetti di una direttiva rispetto al termine di recepimento, affermando che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare le norme interne *“per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva, in modo da conseguire il risultato da essa perseguito: e questo vale anche rispetto alle direttive per le quali non sia ancora scaduto il termine per la trasposizione nel diritto nazionale”*. Se tale enunciazione non può essere considerata espressione di una regola generale, di certo la si può applicare al caso di specie riferendosi alla tutela del singolo e alla salubrità dell'ambiente come diritto del singolo, quale principio fondamentale del diritto dell'Unione europea e forse tale ultima limitazione è ulteriormente superabile considerando che una direttiva europea deve essere recepita dallo Stato membro con un provvedimento idoneo a garantire l'efficacia reale della direttiva, ma allo stesso tempo lo Stato membro è già vincolato fin dall'adozione della direttiva nel fine da perseguire. Nel caso di specie il fine è una riduzione nella produzione dei rifiuti con lo scopo di garantire il riciclo e il riutilizzo in luogo dello smaltimento. Quindi il fatto che lo strumento della direttiva richieda comunque una mediazione del diritto interno per operare nell'ordinamento degli Stati membri non esclude che anche indipendentemente dalla mediazione norme di una direttiva possano esplicare effetti in tale ordinamento, in particolare aprendo ai privati la possibilità di far valere dinanzi ai giudici nazionali obblighi che le norme in questione pongano a carico dello Stato²². Tale considerazione è avallata da tempo dalla Corte di Giustizia, la quale ha affermato che *“nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttive, obbligato gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comuni-*

²¹ Si legge nell'art. 191, c. 2, TFUE, che *“La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio ‘chi inquina paga’”*.

²² Sul punto v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, 142.

*tario*²³. Pertanto, giurisprudenza costante della Corte di Giustizia non esclude che una direttiva europea abbia effetti diretti nell'attesa dell'adempimento dello Stato membro, ma sottolinea la necessità della presenza di determinate caratteristiche tali da potere essere concretamente applicate dal giudice dinanzi al quale siano invocate. Ciò comporta che appare necessario esaminare caso per caso “*se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti tra Stati membri e i singoli*”²⁴. E le caratteristiche dalla quale la Corte di Giustizia fa dipendere l'esistenza di tale efficacia sono nella sostanza le stesse sulle quali essa ha fondato il riconoscimento di effetti diretti di norme del Trattato: la disposizione invocata deve avere un contenuto precettivo sufficientemente chiaro e preciso, e non condizionato o subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di atti ulteriori da parte delle istituzioni della Comunità o degli Stati membri²⁵. Se si applica tale argomentazione al caso di specie della natura degli imballaggi rotti, non pare che si possano escludere gli effetti diretti della direttiva 2008/98/CE, nell'attesa della norma di recepimento, nella chiara e certa definizione del concetto di “*normale pratica industriale*” applicata agli imballaggi, come discrimine tra rifiuto e sottoprodotto, garantendo così fin dal 2008 un ulteriore strumento a tutela dell'ambiente e allo stesso tempo a garanzia degli operatori economici che nell'attesa del recepimento della direttiva potrebbero conoscere un danno patrimoniale di non scarsa rilevanza se i propri beni dovessero essere considerati rifiuti e non sottoprodotti, oltre che innescare un'ingiustificata disparità di trattamento tra operatori economici tra *ante* e *post* d.lgs. n. 205/2010.

Se quindi tutte le norme ambientali, europee nazionali, hanno come *ratio* ispiratrice la tutela dell'ambiente in primo luogo e allo stesso tempo il controllo sul rispetto delle regole da parte degli operatori economici in funzione del primo obiettivo, sarà necessario, a giudizio di chi scrive, interpretare le norme con una prospettiva di favore per gli operatori economici, ritenendo necessario l'onere della pubblica amministrazione di provare la sussistenza degli elementi costitutivi della nozione di rifiuto in luogo di quella di sottoprodotto, superando qualunque forma di presunzione (in questi termini si è espressa Cass., 3 marzo 2011, n. 5122). Questo anche perché la tutela dell'ambiente non deve essere un freno per la competitività degli operatori economici, tema di assoluta rilevanza anche nell'ambito della normativa europea secondo il principio della libera concorrenza, la cui attività, di contro, deve essere incentivata e orientata alla tutela dell'ambiente²⁶.

²³ In questi termini si era espressa una giurisprudenza risalente della Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, 1337.

²⁴ Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, 1337.

²⁵ In questi termini, v. Corte di Giustizia, 23 febbraio 1994, in causa C-236/92, *Regione Lombardia*, I-483, punti 9-10.

²⁶ Sul punto si rinvia a V. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto “Signals 2014” dell’Agenzia europea dell’Ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 6, 821 ss..

Abstract

The legal nature of the broken tertiary packaging: waste or byproduct ?

by Roberto Leonardi

The essay concerns packaging management and especially broken packages. Pending the transposition of the european directive adopted in 2008, broken packages were considered by jurisprudence as waste with the consequent application of the penalty rules in terms of waste management unauthorized.

Legislation development, together with the immediate application of the waste directive adopted in 2008, by article 117, 1 Cost., allowed to consider broken but reusable packages as byproducts, with the application of the related discipline provided by Environment Code of 2006.

Il vincolo indiretto di inedificabilità assoluta nella tutela dei beni culturali, tra proporzionalità e indennizzo

di Fortunato Gambardella

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa intorno al vincolo indiretto per la tutela dei beni culturali. – 2. Atipicità e proporzionalità dei vincoli indiretti. – 3. Il vincolo indiretto di inedificabilità assoluta tra espropriazione e conformazione del territorio: gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale. – 4. Vincoli di esproprio, vincoli conformativi e vincoli indiretti: le differenze in punto di onere di motivazione e il rilievo della proporzionalità. – 5. Proporzionalità e principio indennitario: verso l'ammissibilità dell'indennizzo per i vincoli indiretti di inedificabilità assoluta?

1. *L'evoluzione normativa intorno al vincolo indiretto per la tutela dei beni culturali.*

L'articolo 45 del Codice dei beni culturali e del paesaggio disciplina l'istituto del cosiddetto "vincolo indiretto", che descrive in termini di facoltà del Ministero competente di adottare provvedimenti amministrativi intesi a "prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro".

La previsione contempla uno strumento di protezione dei beni culturali ad ampio raggio e muove dalla consapevolezza che la tutela degli stessi non possa prescindere dalle condizioni di contesto nelle quali insistono. Da qui la necessità di orientare, alla migliore valorizzazione e fruizione del bene culturale, le aree territoriali attigue al sito di interesse, nell'ambito di un meccanismo la cui dimensione precettiva si completa e perfeziona attraverso una pluralità di livelli amministrativi. In questo senso, il legislatore si preoccupa infatti di associare, alla riferita facoltà ministeriale, una previsione di immediata precettività delle prescrizioni governative, con conseguente obbligo di recepimento delle stesse, da parte degli enti pubblici territoriali interessati, nell'ambito dei regolamenti edilizi e degli strumenti urbanistici locali¹.

La norma del Codice del 2004 attualizza e irrobustisce uno strumento di tutela del patrimonio culturale che non rappresenta, in ogni caso, un elemento di novità assoluta per il nostro ordinamento. Il percorso di affermazione del vincolo indiretto è, infatti, più che secolare, la sua prima introduzione risalendo alla legge n. 364 del 1909². È con la legge n. 1089 del 1939, però, che l'istituto

¹ Si veda il secondo comma dell'art. 45 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

² Per un commento della disposizione, F. FIGORILLI, *Art. 45. Prescrizioni di tutela indiretta*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2005, 56, 1256.

trova una “connotazione più completa e definitiva”³, nel superare un modello di protezione limitato alle esigenze di tutela della luce e della prospettiva. Quelle istanze trovavano, ovviamente, conferma nelle previsioni del 1939, eppure la tutela recuperava nuova sostanza attraverso il riferimento alla necessaria protezione dell’integrità del bene culturale e alle condizioni di ambiente e di decoro, la cui alterazione veniva specificamente individuata come un *vulnus*.

Quella disciplina rimaneva ferma per sessant’anni, senza che, peraltro, neppure il Testo Unico in materia di beni culturali e ambientali del 1999 ne modificasse i tratti essenziali. La piccola riforma del tempo fu, comunque, l’occasione per alzare ancora una volta l’asticella della tutela, in due direzioni: l’adesione alle regole, *medio tempore* intervenute, della legge generale sul procedimento amministrativo⁴ in punto di funzionamento della comunicazione di avvio del procedimento⁵; la previsione dell’obbligo di trascrizione delle prescrizioni di vincolo nei registri immobiliari, con “efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore, a qualsiasi titolo, della cosa cui le prescrizioni stesse si riferiscono”⁶.

La stessa ottica conservativa ha animato, poi, il legislatore del 2004 che, nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, ha proposto un leggero *restyling* dell’istituto. La norma tuttora in vigore, infatti, prende atto delle “mutate attribuzioni in materia di vincolo sul piano organizzativo”⁷, eliminando ogni facoltà di proposta delle prescrizioni da parte della Soprintendenze e, al contempo, riferisce quelle prescrizioni ai “beni culturali immobili”, superando la vecchia, e non tecnica, categoria di “cose immobili”. Le novità di maggior rilievo, in punto di efficacia dello strumento, risiedono invece nel riferito obbligo di recepimento delle prescrizioni nei regolamenti edilizi e negli strumenti di pianificazione urbanistica, ad opera degli enti locali.

La scelta del legislatore è stata, dunque, per la conferma di uno strumento che si riteneva, evidentemente, adeguato alle istanze di protezione dei beni culturali, per come erano emerse nel dibattito degli addetti ai lavori, a partire dai punti fermi individuati dalla Carta di Venezia del 1964⁸. In quel documento, si ribadiva infatti la doverosità di una protezione del patrimonio culturale che non considerasse i beni in dimensione atomistica ma come parte di un tessuto urbano e territoriale. L’idea è, dunque, quella della tutela e valorizzazione del

³ F. FIGORILLI, *op.ult.cit.*, 1257.

⁴ Legge 7 agosto 1990, n. 241.

⁵ Di cui si occupa, oggi, l’art. 46 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

⁶ Art. 49 del T.U. n. 490 del 1999.

⁷ F. FIGORILLI, *op.ult.cit.*, cit., 1257.

⁸ *Carta di Venezia per il restauro e la conservazione di monumenti e siti*. Per un approfondimento R. BONELLI, *Restauro architettonico* (voce), in *Enciclopedia Univ. Arte*, Roma, 1963, XI, 344; sui risvolti giuridici si rinvia a G. D’ANGELO, *La tutela dei beni culturali dopo la Carta di Venezia*, in *Riv. giur. edil.*, 1977, 6, 190.

bene culturale che parta dalla relazione dello stesso con l'ambiente circostante, avendo chiaro il rischio che le stratificazioni architettoniche successive possano modificarne la percezione e comprometterne il valore. Da qui il suggerimento di definire questo vincolo come “di *completamento* in quanto ha la funzione di completare la visione, la fruizione e la tutela dell'immobile principale, come una pertinenza o un accessorio necessario, o quanto meno, opportuno”⁹.

Sul piano strettamente giuridico, l'*input* si traduce nella necessità di “assoggettare a controllo le modificazioni che possono essere apportate allo spazio definibile come ambiente del bene culturale, per evitare quelle alterazioni sostanziali pregiudizievoli alla pienezza della tutela al bene stesso”¹⁰. Appare perciò immediatamente chiaro come una pratica di tutela così congegnata possa trovare applicazioni attraverso scelte amministrative che, nell'intenzione di massimizzare la protezione del bene culturale, fatalmente intercettano altri interessi pubblici e, soprattutto, privati, fino a comprimerli in misura rilevante o, addirittura, assoluta.

2. *Atipicità e proporzionalità dei vincoli indiretti.*

Il problema si pone, in termini particolarmente stringenti, quando le prescrizioni di vincolo si atteggino in termini di divieti assoluti di edificabilità di aree di proprietà privata¹¹. Siamo, in questo caso, al cospetto di una di quelle ipotesi in cui l'esercizio del potere amministrativo, per quanto orientato alla miglior tutela del pubblico interesse, finisce per apparire odioso per le ambizioni degli amministratori incisi dal provvedimento restrittivo e, a monte, in una di quelle ipotesi in cui, a fronte di un rilevante sacrificio sovente richiesto al privato, più meditato debba essere l'esercizio del potere.

La prospettiva della meditazione intorno alle misure di esercizio del potere trova da sempre, nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, uno dei suoi strumenti di applicazione. Ma non l'unico: altri principi che governano l'azione amministrativa impongono uno sviluppo attento e meditato del potere e, in quest'ottica, il principio di proporzionalità¹² assolve un ruolo

⁹ A. CROSETTI, *La composizione degli interessi nel vincolo indiretto: problemi di proporzionalità*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 50, il quale, sul punto, rinvia a A. MANSI, *La tutela dei beni culturali*, Padova, 2000, spec. 99.

¹⁰ A. CROSETTI, *op.ult.cit.*, 48.

¹¹ Ipotesi di vincoli indiretti inedificabilità assoluta tornano sovente all'attenzione della giurisprudenza amministrativa. Di recente: Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4564, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹² Nell'ambito della vasta bibliografia sull'argomento: D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011; V. FANTI, *Dimensioni della*

determinante di supporto dell'azione amministrativa. Non sorprende, pertanto, e anticipando solo in parte contenuti che svilupperemo più avanti, come proprio la giurisprudenza amministrativa che si occupa di vincoli indiretti a tutela dei beni culturali indugi sul richiamo alla proporzionalità come metodo dell'amministrazione che impone vincoli in questa materia e reclama una particolare attenzione sul punto quando si tratta di motivare i relativi provvedimenti. È la riprova che, quanto più forte è il sacrificio, tanto più di stretta osservanza sarà la regola della proporzionalità¹³.

Nelle fattispecie di vincolo indiretto, in particolare, il tratto incisivo del potere che esercita l'amministrazione è strettamente connesso al carattere ampio e variegato dei contenuti che i provvedimenti di vincolo possono concretamente assumere¹⁴. La norma del Codice, come abbiamo avuto modo di osservare, riconosce uno spazio di determinazione rilevante, che muove dall'individuazione dei beni immobili e, a monte, dell'area territoriale da sottoporre a vincolo, la cui estensione può variare, e approda alla determinazione del contenuto delle possibili prescrizioni a tutela del bene culturale. La previsione, infatti, non individua a priori specifiche misure, ma lascia, e non potrebbe essere altrimenti, al soggetto pubblico la scelta dello strumento di protezione più adeguato al caso concreto.

Uno spazio di scelta ampio, dunque, che la giurisprudenza amministrativa tradizionale riconnette all'area degli apprezzamenti tecnico-discrezionali, funzionali, nel caso di specie, alla tutela di un interesse, alla salvaguardia del patrimonio culturale, ritenuto prevalente dall'ordinamento giuridico e in nessuna misura subordinabile nel gioco dialettico degli interessi contrapposti che la singola vicenda di esercizio del potere possa lasciare emergere¹⁵. Da questa

proporzionalità, Torino, 2012; M. D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, numero speciale, 279; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 361.

¹³ Lungo una traccia che ha radici risalenti e per tempo evidenziata da V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Eccesso di potere per sproporzionata gravosità dei vincoli imposti alla proprietà privata*, in *Riv. giur. edil.*, 1958, 626.

¹⁴ Vedi Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3669, in *Foro amm.*, 2015, 7-8, 1991; Cons. St., sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 2021; T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 5 novembre 2015, n. 1445, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ Cfr. M. RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, il quale, nell'ambito di una riflessione generale sui vincoli alla proprietà finalizzati alla tutela dell'ambiente, al fine di verificare la possibile applicazione "di un nucleo fondamentale di regole giuridiche specifiche e comuni" (389), ascrive i provvedimenti di imposizione di tali vincoli "al *genus* degli accertamenti costitutivi", in quanto "l'attività amministrativa di individuazione e delimitazione delle aree e dei beni da vincolare dovrebbe consistere in un'attività di accertamento, tutt'al più di carattere tecnico-discrezionale. Similmente, l'attività di determinazione e di graduazione della portata dei vincoli non dovrebbe oltrepassare i confini della discrezionalità tecnica, pure nelle ipotesi in cui all'amministrazione siano affidate valutazioni e decisioni fisiologicamente opinabili" (410). Dello stesso avviso, seppure con

configurazione, la giurisprudenza svolge le sue conseguenze in punto di limiti di un sindacato giurisdizionale¹⁶ che è sovente imperniato sulla proporzionalità amministrativa della decisione, specialmente nel rapporto tra estensione territoriale del vincolo e concrete esigenze di protezione dell'interesse storico-artistico che il bene riveste¹⁷.

Il punto dell'estensione territoriale dell'area di imposizione del vincolo rivendica, nei ragionamenti della giurisprudenza, uno spazio centrale nella convinzione del carattere flessibile dello strumento di tutela, tale per cui l'individuazione in concreto dell'area vincolata ben possa prescindere dal dato della contiguità rispetto al bene tutelato. Il vincolo presenta, infatti, natura strumentale¹⁸, servente alla tutela del bene culturale in via diretta, ma questo rapporto non deve necessariamente tradursi in una dimensione di immediata prossimità, piuttosto va colto in una relazione funzionale e di contesto¹⁹, tale da immaginare che il vincolo indiretto possa estendersi “fino a ricomprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si valuta idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali che connotano lo spazio circostan-

accenti differenti, G. GARZIA, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione*, Milano, 2003, 86 e seguenti. In senso contrario A. CROSETTI, *La composizione degli interessi nel vincolo indiretto*, cit., 60, il quale, ragionando sul rilievo che la previsione dell'articolo 46 del Codice dei beni culturali e del paesaggio assegna ai contributi partecipativi stimolabili mediante comunicazione di avvio del procedimento, evidenzia come “il vincolo indiretto non possa essere più concepito quale esito “dovuto” di un provvedimento guidato esclusivamente da criteri di discrezionalità tecnica, quanto piuttosto il risultato di un processo valutativo nel quale sono acquisiti e ponderati dall'amministrazione competente, secondo gli schemi valutativi della discrezionalità amministrativa, tutti gli interessi coinvolti”. In direzione analoga, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., 134. Su questa linea, T.A.R. Marche-Ancona, sez. I, 8 ottobre 2014, n. 822, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Diversamente, C. VIDETTA, *Vincolo indiretto e pianificazione paesistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, 4, 578, secondo la quale, nella nostra fattispecie, non sembra “trovare posto un vero e proprio bilanciamento degli interessi contrapposti nel segno della discrezionalità amministrativa: interessi confliggenti con la tutela del bene culturale non possono essere considerati idonei a “diminuire” tale tutela, pena il tradimento della funzione stessa dell'istituto, posto che la tutela culturale, ancorché complementare, non può essere considerata frutto di un compromesso con interessi economici”.

¹⁶ Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5061, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., 18 aprile 2011, n. 2354, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 4, 1299; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. II, 5 maggio 2015, n. 1100, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul sindacato giurisdizionale in materia di provvedimenti di tutela indiretta quali espressione di discrezionalità tecnica, E. FOLLIERI, *Sindacato giurisdizionale sulla individuazione del bene culturale tra vincolo diretto e vincolo indiretto*, in *www.giustamm.it*, 2014, 11.

¹⁷ Cons. St., sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 2021; di recente, nella giurisprudenza di prima cure: T.A.R. Umbria-Perugia, sez. I, 1 aprile 2016, n. 304, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁸ F. FIGORILLI, *Art. 45*, cit., 1258.

¹⁹ Sul rilievo della tutela del “contesto” come “dovere” e “responsabilità”, G. BOBBIO, *La tutela giuridica del contesto culturale: disciplina nazionale e spunti di diritto comparato*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 3, 399.

te”²⁰. Il rilievo della non necessaria contiguità tra beni vincolati in via indiretta e bene culturale di riferimento spiega, inoltre, come il carattere servente del vincolo indiretto non presupponga la natura servente dei beni immobili vincolati indirettamente. Un dato che, in aderenza alla lettera del riferito articolo 45 del Codice dei beni culturali, che parla espressamente di “facoltà” del Ministero di adottare prescrizioni di garanzia, amplia ancor di più il margine di decisione della pubblica amministrazione, cui compete ogni determinazione anche sul *quando* della tutela, posto che “l’opportunità dell’imposizione della protezione ai sensi della tutela indiretta può ben sorgere anche non contestualmente all’imposizione del vincolo culturale rispetto al quale essa si pone come strumentale”²¹.

3. *Il vincolo indiretto di inedificabilità assoluta tra espropriazione e conformazione del territorio: gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale.*

Posto il carattere atipico delle prescrizioni che la pubblica amministrazione può adottare in sede di imposizione del vincolo indiretto, il minimo comune denominatore che tiene insieme queste prescrizioni risiede sicuramente nell’incidenza sul diritto di proprietà, nel senso di determinare una compressione di quella posizione soggettiva in ragione delle superiori esigenze di tutela del bene culturale. In quest’ottica, il vincolo indiretto viene “tradizionalmente collocato nell’ampio quadro della categoria generale dei limiti amministrativi al diritto di proprietà”²² e, per questa via, viene tenuto distinto dai vincoli di natura espropriativa.

Il problema si pone, in ogni caso, nelle ipotesi in cui il vincolo indiretto si concretizzi nel divieto assoluto di edificabilità, allorché, alla prova dei fatti, il profilo di distinzione tra vincoli indiretti e vincoli espropriativi sfuma nell’ambito di una vicenda concreta nella quale gli uni e gli altri determinano, sul piano sostanziale, uno svuotamento del diritto di proprietà come conseguenza dell’impedimento di ogni possibilità edificatoria.

Eppure, se il piano funzionale e concreto evidenzia il medesimo operare degli strumenti, il piano del trattamento giuridico rivela significative differenze in punto di garanzia sostanziale degli amministrati incisi dal vincolo. Se, infatti, in forza di legge, al destinatario di un provvedimento di vincolo reiterato preordinato all’esproprio spetta un indennizzo, nel silenzio dei testi legislativi, la giurisprudenza non riconosce lo stesso ristoro al privato che subisce l’imposizione di un vincolo indiretto di inedificabilità assoluta sulla sua proprietà.

²⁰ T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 5 novembre 2015, n. 1444, in *Foro amm.*, 2015, 11, 2902.

²¹ C. VIDETTA, *Vincolo indiretto e pianificazione paesistica: un confine che sfuma?*, cit., 576, cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali sul punto (577).

²² A. CROSETTI, *La composizione degli interessi nel vincolo indiretto*, cit., 50-51.

Il riconoscimento dell'indennizzo per la reiterazione dei vincoli di esproprio è normativamente previsto dall'articolo 39 del Testo Unico sulle espropriazioni²³, disposizione intervenuta a seguito di ripetute sollecitazioni della giurisprudenza costituzionale²⁴. La Corte, infatti, a partire dalla sentenza n. 6 del 1966 sui vincoli sostanzialmente espropriativi, aveva affermato il principio della necessità dell'indennizzo, a garanzia dell'istituto della proprietà privata, a fronte dell'evenienza che singoli diritti ad esso connessi “vengano compressi o soppressi senza indennizzo, mediante atti di imposizione che, indipendentemente dalla loro forma, conducano tanto ad una traslazione totale o parziale del diritto, quanto ad uno svuotamento di rilevante entità ed incisività del suo contenuto, pur rimanendo intatta l'appartenenza del diritto e la sottoposizione a tutti gli oneri, anche fiscali, riguardanti la proprietà fondiaria”²⁵. La disposizione legislativa di cui sopra, in ogni caso, non comporta un meccanismo di automatismo tra provvedimento di reiterazione del vincolo e obbligo di indennizzo, prevalendo, nella giurisprudenza amministrativa, l'idea della non contestualità delle due decisioni²⁶.

²³ D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

²⁴ E. ALESSI, *La riforma degli espropri: caratteri fisionomici e lineamenti giurisprudenziali della tutela del diritto di proprietà*, in questa *Rivista*, 2001, 6, 915.

²⁵ C. Cost., n. 55 del 1968 che riprende l'assunto della decisione del 1966. Tale indirizzo trovano conferma anche in successive decisioni della Consulta. Si veda C. Cost. n. 575 del 1989 e, soprattutto, C. Cost. n. 179 del 1999: “deve essere separato e distinto il profilo della ammissibilità e legittimità delle reiterazioni in via amministrativa dei vincoli urbanistici c.d. espropriativi ... di modo che la reiterazione può essere ritenuta giustificata dalle esigenze appositamente valutate e motivate come attuali e persistenti: ciò non di meno si realizza un obbligo indennitario. Infatti, per i vincoli derivanti da pianificazione urbanistica, l'obbligo specifico di indennizzo deve sorgere una volta superato il primo periodo di ordinaria durata temporanea (a sua volta preceduto da un periodo di regime di salvaguardia) del vincolo (o di proroga per legge in regime transitorio), quale determinata dal legislatore entro limiti non irragionevoli, come indice della normale sopportabilità del peso gravante in modo particolare sul singolo, qualora non sia intervenuta l'espropriazione ovvero non siano approvati i piani attuativi. In altri termini, una volta oltrepassato il periodo di durata temporanea (periodo di franchigia da ogni indennizzo), il vincolo urbanistico, se permane a seguito di reiterazione, non può essere dissociato, in via alternativa all'espropriazione (o al serio inizio dell'attività preordinata all'espropriazione stessa mediante approvazione dei piani attuativi), dalla previsione di un indennizzo”. Tutte le decisioni della Corte sono disponibili su www.cortecostituzionale.it.

²⁶ Tale orientamento si fonda sulla stessa lettera della norma ed ha avuto l'autorevole avallo dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, nella decisione n. 7 del 2007 (in *Riv. giur. edil.*, 2007, 6, I, 1542), ha sottolineato che l'articolo 39, primo comma, del Testo Unico sugli espropri, disciplina un procedimento amministrativo che il proprietario possa attivare a seguito della reiterazione del vincolo, e nel corso del quale egli ha “l'onere di provare l'entità del danno effettivamente prodotto, quale presupposto processuale necessario per poter agire innanzi alla Corte d'appello. Nel quadro normativo vigente, dunque, continua a sussistere il principio per il quale gli atti dei procedimenti di adozione e di approvazione di uno strumento urbanistico, contenente un vincolo preordinato all'esproprio, non devono prevedere la spettanza di un indennizzo, fermo restando il diritto del proprietario di ottenere – in presenza dei relativi presupposti – l'indennità commi-

L'esclusione di ogni prospettiva di indennizzo per i vincoli indiretti²⁷ discenderebbe, invece, dalla considerazione degli stessi come altro rispetto ai vincoli preordinati all'esproprio e dalla riferita assimilazione con i vincoli meramente conformativi, nell'ambito di una generale influenza della giurisprudenza costituzionale sulla non indennizzabilità dei vincoli paesaggistici²⁸.

La distinzione tra vincoli espropriativi e vincoli conformativi, in particolare,

surata all'entità del danno effettivamente prodotto". In particolare, prosegue l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, "il principio della spettanza di un indennizzo al proprietario nel caso di reiterazione del vincolo preordinato all'esproprio – introdotto nell'ordinamento con la sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 1999 ... non rileva per la verifica della legittimità del provvedimento di primo grado, che ha disposto la reiterazione. Infatti, dai principi sul raccordo tra la pianificazione urbanistica e le previsioni del bilancio emerge che in sede di adozione di una variante allo strumento urbanistico – volta all'imposizione del vincolo preordinato all'esproprio – l'amministrazione non può impegnare somme di cui non è certa la spettanza in ordine all'*an* e al *quantum*, sia perché potrebbe non seguire l'approvazione regionale, sia perché la quantificazione richiede complessi accertamenti su elementi di fatto che solo il proprietario può rappresentare al termine del procedimento di pianificazione. I profili attinenti al pagamento dell'indennizzo non attengono, dunque, alla legittimità del procedimento, ma riguardano questioni di carattere patrimoniale (che presuppongono la conclusione del procedimento di pianificazione), devolute alla cognizione della giurisdizione civile". Sulla "tesi che i profili riguardanti il pagamento dell'indennizzo attengano non alla legittimità della reiterazione del vincolo, ma concernano questioni di carattere patrimoniale successive a tale atto", si veda G. SCIULLO, *La reiterazione dei vincoli a contenuto espropriativo: conferme e novità per le garanzie dei destinatari*, in *Urb. app.*, 2012, 11, 1163. La posizione della Corte di Cassazione sulla questione del rapporto tra reiterazione dei vincoli espropriativi e contestualità della previsione indennitaria è riassunta da G. GRAZIOSI, *Il Testo Unico sugli espropri al vaglio della Cassazione: quattro dicta su dichiarazione di pubblica utilità, reiterazione dei vincoli espropriativi, occupazione d'urgenza e temporanea*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 5-6, 1797.

²⁷ L. CASOLI, *Altre forme di protezione*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Napoli, 2005, 160 e seguenti. Sul punto si veda anche D. VAIANO, *Articolo 45. Articolo 46. Articolo 47*, in G. LEONE, A. L. TARASCO, *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, 362-363, il quale spiega la *ratio* della non indennizzabilità dei vincoli indiretti, anche alla luce degli orientamenti della Corte costituzionale, in ragione "di una supposta qualità *originaria* propria dei beni culturali, la cui connessione con il pubblico interesse sarebbe determinata in via generale ed astratta dalla normativa di tutela". Dello stesso A., sul tema, *L'ordinamento dei beni culturali*, in A. CROSETTI, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2014, 60.

²⁸ Per i riferimenti della giurisprudenza costituzionale sul punto, si rinvia a A. CROSETTI, *Art. 45. Prescrizioni di tutela indiretta*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2006, 415, il quale (richiamando il pensiero di A. MANSI, *La tutela dei beni culturali*, cit., 104), sottolinea le differenze di regime tra vincolo indiretto e vincolo paesaggistico, tali da impedire ogni possibile accostamento tra le fattispecie, a partire dalla espressa previsione, nell'art. 16 della legge n. 1487 del 1939 in materia di vincoli paesaggistici, di uno "speciale contributo" per l'ipotesi di divieto assoluto di costruzione riguardante aree fabbricabili. Sulla *ratio* dell'non indennizzabilità del vincolo paesaggistico, M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991, 275 e seguenti. In argomento, dopo l'entrata in vigore del Codice dei beni culturali e del paesaggio: G.F. CARTEI, *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime di beni ed esercizio della funzione amministrativa*, in *Riv. giur. edil.*, 2006, 1, 19. Sul confine tra vincolo indiretto e pianificazione paesistica, C. VIDEITA, *Vincolo indiretto e pianificazione paesistica*, cit., *passim*.

si inserisce nel solco della già riferita giurisprudenza costituzionale che, a partire dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso, ha ragionato sui vincoli pubblici alla proprietà che comportino indennizzo in favore del privato. La manifestazione più completa va rintracciata nella sentenza n. 179 del 1999²⁹, la quale sintetizza i punti fermi che, nel tempo, il giudice delle leggi ha individuato in ordine ai vincoli non indennizzabili perché non inquadrabili negli schemi dell'espropriazione, come tali conformativi, a partire da quelli che incidono su beni immobili aventi valore paesistico-ambientale, "in virtù della loro localizzazione o della loro inserzione in un complesso che ha in modo coesenziale le qualità indicate dalla legge"³⁰. Ma anche i modi ed i limiti imposti – previsti dalla legge direttamente o con il completamento attraverso un particolare procedimento amministrativo – che "attengono, con carattere di generalità per tutti i consociati e quindi in modo

²⁹ In *Giorn. dir. amm.*, 1999, 851, con nota di V. MAZZARELLI, *Reiterazione dei vincoli urbanistici decaduti e indennizzo*, laddove la prospettiva dell'indennizzo viene ammessa per i vincoli che abbiano specifiche caratteristiche. La prima delle quali consiste nel trattarsi di vincoli che "siano preordinati all'espropriazione, ovvero abbiano carattere sostanzialmente espropriativo, nel senso di comportare come effetto pratico uno svuotamento, di rilevante entità ed incisività, del contenuto della proprietà stessa, mediante imposizione, immediatamente operativa, di vincoli a titolo particolare su beni determinati, comportanti inedificabilità assoluta, qualora non siano stati discrezionalmente delimitati nel tempo dal legislatore dello Stato o delle Regioni". La decisione passa poi in rassegna (alla luce della precedente giurisprudenza della stessa Corte: sentenze nn. 186 del 1993 e n. 6 del 1966) le ulteriori caratteristiche che devono avere i vincoli per sostenere la prospettiva dell'indennizzo, dovendosi trattare di "vincoli che superino la durata che dal legislatore sia stata determinata come limite, non irragionevole e non arbitrario, alla sopportabilità del vincolo urbanistico da parte del singolo soggetto titolare del bene determinato colpito dal vincolo, ove non intervenga l'espropriazione, ovvero non si inizi la procedura attuativa (preordinata all'esproprio) attraverso l'approvazione di piani particolareggiati o di esecuzione, aventi a loro volta termini massimi di attuazione fissati dalla legge; e superino sotto un profilo quantitativo ... la normale tollerabilità secondo una concezione della proprietà, che resta regolata dalla legge per i modi di godimento ed i limiti preordinati alla funzione sociale (art. 42, secondo comma, della Costituzione)". Sulla giurisprudenza costituzionale che ha ragionato sui profili di distinzione tra vincoli conformativi e vincoli espropriativi, si rinvia a S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Le previsioni urbanistiche "sostanzialmente espropriative" dopo la sent. n. 179/99 della Corte Costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 3, 933; D. DE PRETIS, *I vincoli di inedificabilità di nuovo al vaglio della Corte Costituzionale: aggiornamento della categoria e indennizzo per la reiterazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 30; L. MAZZAROLI, *Reiterazione dei vincoli urbanistici decaduti e indennizzo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 853; P. STELLA RICHTER, *A proposito dei vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo*, in *Giust. civ.*, 1999, 10, 2597. Con riguardo ai recenti svolgimenti della giurisprudenza di legittimità: G. SCIULLO, *La distinzione fra vincoli conformativi ed espropriativi negli strumenti urbanistici*, in *Urb. app.*, 2013, 4, 426; D. CHINELLO, *Vincoli conformativi o espropriativi: natura giuridica e criteri di distinzione*, in *Urb. app.*, 2016, 3, 331. Sugli orientamenti del giudice civile in punto di distinzione tra vincoli espropriativi e conformativi, G. LEONE, *Indennità di espropriazione: tutto risolto? Ovvero sulla (in)esistenza dei vincoli espropriativi e conformativi*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, II, 204 e seguenti.

³⁰ Anche in questo caso il discorso si struttura attorno a principi e regole già affermati dalla giurisprudenza costituzionale. In quest'ottica, la decisione elenca le seguenti sentenze: n. 417 del 1995; nn. 55 e 56 del 1968; n. 9 del 1973; n. 202 del 1974; n. 245 del 1976; n. 648 del 1988; n. 391 del 1989; n. 344 del 1990.

obiettivo, ad intere categorie di beni, e per ciò interessino la generalità dei soggetti con una sottoposizione indifferenziata di essi – anche per zone territoriali – ad un particolare regime secondo le caratteristiche intrinseche del bene stesso”³¹.

Sul piano costituzionale, in ogni caso, il punto di partenza di ogni spiegazione deriverebbe dalla lettura dell’articolo 42 della Costituzione. A venire in rilievo, in particolare, sono il secondo e il terzo comma, il cui combinato disposto consente l’imposizione di limiti alla proprietà privata “allo scopo di assicurarne la funzione sociale”³² e, al tempo stesso, impone l’indennizzo nel caso di compressione del diritto di proprietà conseguente a provvedimenti di espropriazione per pubblica utilità, evidenziandone il carattere eccezionale e, come tale, giustificativo della misura di riparazione.

4. *Vincoli di esproprio, vincoli conformativi e vincoli indiretti: le differenze in punto di onere di motivazione e il rilievo della proporzionalità.*

Il profilo di distinzione tra vincoli preordinati all’esproprio e vincoli conformativi suggerito dalla Corte Costituzionale è peraltro confermato e sviluppato dal giudice amministrativo. La linea di sviluppo riguarda conseguenze di regime anche ulteriori all’obbligo di indennizzo, a partire dall’onere di motivazione dei provvedimenti di vincolo, che conosce portata diversa a seconda delle fattispecie.

Così a fronte della previsione dell’articolo 9, comma 4, del Testo Unico in

³¹ Così le sentenze della Corte Costituzionale n. 6 del 1966 e n. 55 del 1968, con formula che ritorna anche nella recente giurisprudenza di legittimità; Di recente, Cons. St., sez. IV, 24 agosto 2016, n. 3684, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Nel ragionamento della Corte Costituzionale, in questa ampia definizione, rientrerebbero, in particolare, i limiti non ablatori alla proprietà “posti normalmente nei regolamenti edilizi o nella pianificazione e programmazione urbanistica e relative norme tecniche, quali i limiti di altezza, di cubatura o di superficie coperta, le distanze tra edifici, le zone di rispetto in relazione a talune opere pubbliche, i diversi indici generali di fabbricabilità ovvero i limiti e rapporti previsti per zone territoriali omogenee e simili”. Da ultimo la Corte Costituzionale enuncia “i vincoli che importano una destinazione (anche di contenuto specifico) realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, che non comportino necessariamente espropriazione o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica e quindi siano attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di previa ablazione del bene” (sentenza n. 179 del 1999). In relazione a quest’ultima categoria, nella contemporanea giurisprudenza di prima cure: T.A.R. Campania-Napoli, sez. II, 19 luglio 2016, n. 3623 e T.A.R. Lazio-Roma, 9 gennaio 2015, n. 225, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³² Sul punto, obbligatorio il rinvio a M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 4-5, 443; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della “proprietà”*, Camerino, 1971; S. RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 380; A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 2, 465. La connessione tra vincolo indiretto di tutela dei beni culturali e funzione sociale della proprietà è ovviamente evocata anche dalla giurisprudenza di legittimità, di recente: Cons. St., 30 marzo 2015, n. 1642, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

materia di espropri, secondo cui il vincolo preordinato all'esproprio, "dopo la sua scadenza, può essere motivatamente reiterato", la giurisprudenza reclama una congrua motivazione³³, con intensità variabile dei contenuti e lungo percorsi che a volte "ricordano assai da vicino i tre profili che compongono il principio di proporzionalità e al contempo gli *step* di verifica del suo rispetto da parte dell'agire provvedimento dell'amministrazione"³⁴. Quei contenuti riguardano, in ogni caso e principalmente, la persistenza delle ragioni di diritto pubblico sottese alla necessità della reiterazione, come strumento per escludere un'inutile perpetuazione della situazione di compressione del diritto del privato, eppure mutano a seconda del tempo in cui si colloca la reiterazione. Così, se può ritenersi giustificato il richiamo alle originarie valutazioni quando vi è una prima reiterazione, una maggiore motivazione va pretesa quando il vincolo rinnovato segua a distanza di tempo la prima apposizione³⁵.

La stessa attenzione sui percorsi della motivazione non è invece richiesta, dalla giurisprudenza amministrativa, quando si tratta di vincoli conformativi che non comportino il divieto assoluto di edificabilità. Viene qui in evidenza la recente giurisprudenza sulla destinazione di suoli a parcheggi, "la cui reiterazione non necessita di una puntuale motivazione, non comportando l'inedificabilità assoluta dell'area, né svuotando di contenuto, azzerandolo economicamente in termini di valore di scambio, il relativo diritto dominicale ed essendo la relativa previsione espressione dell'ordinaria potestà conformativa propria dello strumento urbanistico"³⁶.

³³ Vedi S. ANTONIAZZI, *Le conseguenze della reiterazione di vincoli espropriativi e di inedificabilità, secondo la più recente giurisprudenza amministrativa: gli obblighi di motivazione e di indennizzo nonché di nuova pianificazione dell'area priva di destinazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 6, 1979. Cfr. Cons. St., sez. IV, 11 marzo 2013, n. 1465, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 10, 2778, con nota di S. MONZANI, *I presupposti di legittimità dei provvedimenti di reiterazione dei vincoli espropriativi decaduti*.

³⁴ G. SCIULLO, *La reiterazione dei vincoli a contenuto espropriativo*, cit., 1164, il quale sottolinea che la legittimità della reiterazione "postula, oltre alla sussistenza dell'interesse pubblico (a realizzare un certo assetto urbanistico), l'idoneità del coinvolgimento dell'area privata già soggetta a vincolo, la necessità di tale coinvolgimento (ovvero l'impraticabilità o l'eccessiva onerosità di soluzioni alternative) e l'adeguatezza dello stesso coinvolgimento (in termini di ponderazione armonizzata e bilanciata dell'interesse pubblico e di quello privato)".

³⁵ Cfr. Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1317, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁶ T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 26 febbraio 2016, n. 603, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si veda anche T.A.R. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. I, 10 luglio 2013, n. 220, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 7-8, 2223: "la destinazione a parcheggio impressa dallo strumento urbanistico a determinate aree, costituisce vincolo conformativo, e non anche espropriativo, della privata proprietà, per cui la relativa imposizione non necessita della contestuale previsione di indennizzo, né di una puntuale motivazione sulle ragioni poste a base dell'eventuale reiterazione della previsione. Tuttavia, questo può dirsi solo se il vincolo non comporta automaticamente l'ablazione dei suoli e, anzi, ammette la realizzazione anche da parte di privati in regime di economia di mercato, delle relative attrezzature destinate all'uso pubblico. Più in generale, trattasi di vincolo conformativo ogni qual volta esso sia correlato ad una complessiva disciplina edilizia – urbanistica, per effetto della quale

Il rafforzarsi dell'onere di motivazione consegue dunque all'intensità del vincolo e alla capacità dello stesso di incidere negativamente sul bene della vita cui aspira il privato. Pertanto, se il vincolo svuota il diritto di proprietà di ogni possibile contenuto e utilità economica, il sacrificio postula una motivazione congrua e circostanziata. Regola che vale, in generale, per la reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio, mentre non vale per i vincoli conformativi che non comportino assoluta inedificabilità, residuando al privato margini di sfruttamento economico del bene.

L'onere di adeguata motivazione caratterizza, invece, i provvedimenti di vincolo indiretto ai sensi dell'articolo 45 del Codice dei beni culturali e del paesaggio³⁷. Tale vincolo, infatti, la giurisprudenza sottolinea possa gravare su ampie aree territoriali e anche incidere in modo particolarmente intenso sulla posizione dei privati, nel rispetto tuttavia dei principi di razionalità, proporzionalità e congruità dell'azione amministrativa. Questi canoni impongono una motivazione particolarmente rigorosa, sorretta da un'adeguata istruttoria che dia conto dell'impossibilità di scelte alternative, meno onerose per il privato³⁸. Peraltro, l'onere di motivazione articolata non è conseguente alla sola eventualità di vincoli indiretti di assoluta inedificabilità, ma riguarda tutti i possibili contenuti di provvedimenti che abbiamo visto avere carattere ampiamente atipico, e si rafforza ulteriormente quando il vincolo presenti una consistente estensione territoriale³⁹.

L'onere di motivazione rafforzata sembra discendere, pertanto, nel caso del vincolo indiretto, dal particolare rilievo che assume la proporzionalità dell'azione amministrativa in questa materia⁴⁰. Un rilievo che è sottolineato ampiamente dalla giurisprudenza⁴¹, che pone attenzione su di un triplice aspetto: l'estensione

le facoltà edificatorie non sono espropriate, ma conformate in senso limitativo e condizionato al soddisfacimento delle esigenze pubbliche”.

³⁷ M. RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, cit., 420, rileva come la regola della “non indennizzabilità delle pesanti limitazioni proprietarie imponibili mediante i vincoli presi in esame” postula che la disciplina delle relative funzioni “sia particolarmente sviluppata con riguardo ai temi della partecipazione procedimentale e della motivazione dei provvedimenti”.

³⁸ T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 18 gennaio 2013, n. 34, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2013, 7-8, 492; T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, 14 agosto 2008, n. 860, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 6, 1004. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, M. PARINI, *Articolo 45. Prescrizioni di tutela indiretta*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 224.

³⁹ Ancora T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 18 gennaio 2013, n. 34, cit.

⁴⁰ V. PARISIO, *Legittimità e merito nel ricorso amministrativo contro i provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 190. Sulla mancanza di una “uniformità di opinioni” in ordine al “contenuto effettivo dell'obbligo di motivazione” nella giurisprudenza meno recente sui provvedimenti di imposizione di vincolo indiretto, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 198 e seguenti.

⁴¹ F. FIGORILLI, *Art. 45*, cit., 1263, il quale sottolinea “la necessità di assicurare il minimo sacrificio del privato attraverso una disciplina vincolistica che sappia graduare la misure prescritte

del vincolo, che sia proporzionale rispetto alle effettive esigenze di protezione del bene culturale; l'intensità del vincolo, che deve essere proporzionale rispetto alle effettive esigenze di salvaguardia del bene culturale; la "gestione del vincolo"⁴², nel senso della sanzione della mancata adozione di "provvedimenti alternativi, ritenuti maggiormente rispondenti al requisito della necessità"⁴³. In tutti questi casi, la soluzione che prospetta la giurisprudenza, in termini di regime applicabile, è quella di una motivazione congrua, idonea a restituire la misura del positivo superamento del test di proporzionalità, come misura del sacrificio qualificato che in concreto possa essere addossato al privato⁴⁴.

Il test di proporzionalità sull'intensità della misura assume, poi, specifica rilevanza nei casi in cui questa coincida con un divieto assoluto di edificabilità⁴⁵. La proporzionalità diventa il parametro principale per valutare la legittimità di scelte che, nei fatti, possono svuotare di ogni contenuto il diritto di proprietà. Una prospettiva non ineluttabile, perché non necessariamente le possibilità edificatorie devono essere intese come le uniche rilevanti, ben potendo un immobile comunque offrirne, prestandosi a ulteriori possibili modalità di sfruttamento. Allo stesso tempo, le possibilità edificatorie potrebbero essere escluse dalla disciplina urbanistica in vigore. Residuano, tuttavia, limitate fattispecie relative a suoli non già edificati, abili all'edificazione per le regole urbanistiche vigenti, e inadatti ad altre prospettive di sfruttamento economico. Rispetto a queste ipotesi, qualora il test di proporzionalità legittimamente faccia emergere, come unica misura utilizzabile, il divieto assoluto di edificabilità, non si può non intendere lo stesso, in concreto, come uno svuotamento del contenuto del diritto di proprietà.

rispetto all'importanza del bene oggetto di tutela, alla sua natura, alle sue caratteristiche e alla sua ubicazione; solo in tale maniera è possibile garantire il mantenimento di quell'equilibrio fra i diritti del singolo e l'interesse pubblico ad una corretta tutela dei beni culturali, così come da tempo configurata dall'ordinamento positivo".

⁴² E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 244, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali. Per un approfondimento sull'argomento, A. SÀU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013.

⁴³ *Ibidem*, 244.

⁴⁴ La rilevanza della valutazione di proporzionalità anche come conseguenza della qualificazione della tutela indiretta nella categoria dei vincoli conformativi è evidenziata da C. VIDETTA, *Vincolo indiretto e pianificazione paesistica*, cit., 578: "il vincolo indiretto è, comunque, un vincolo conformativo della proprietà e, come tale, l'apprezzamento relativo alla prescrizione concreta deve trovare una misura nella necessaria congruenza del mezzo rispetto allo scopo, tale per cui il primo non solo dev'essere idoneo al perseguimento dell'interesse primario ma, per contro, non deve esorbitare rispetto ad esso".

⁴⁵ Si vedano le preoccupazioni espresse da Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1100, in *Rin. giur. edil.*, 2015, 3, I, 443.

5. *Proporzionalità e principio indennitario: verso l'ammissibilità dell'indennizzo per i vincoli indiretti di inedificabilità assoluta?*

Se l'orientamento tradizionale dal quale siamo partiti sottolinea che proprio il mancato svuotamento di contenuto del diritto dominicale rappresenta il motivo che giustifica la non indennizzabilità per i vincoli conformativi⁴⁶, viene da chiedersi se quella soluzione sia ancora praticabile per i vincoli indiretti di inedificabilità assoluta. Che siano fattispecie diverse, infatti, la giurisprudenza lo ha chiaro perché le sottopone, come abbiamo visto, a regole diverse in punto di motivazione.

Le differenze di regime potrebbero allora non fermarsi sul punto, ma tenere conto dell'affinità, sul piano degli effetti sostanziali, e pur nel distinguo circa la natura giuridica dei relativi provvedimenti impositivi, tra vincoli indiretti di assoluta inedificabilità e vincoli reiterati preordinati all'esproprio, fattispecie rispetto alle quali, per l'appunto, la giurisprudenza richiede venga riservata attenzione particolare ai percorsi della motivazione⁴⁷.

Viene pertanto da chiedersi se, per i vincoli indiretti di assoluta inedificabilità e nelle ipotesi-limite già individuate, non possa replicarsi lo stesso trattamento che l'ordinamento riconosce per la reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio, in fatto di indennizzo, con la possibilità, quindi, di attivare un procedimento amministrativo al cui esito vedersi riconosciuto l'indennizzo, in linea di continuità, peraltro, con l'approccio sviluppato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in punto di tutela della proprietà⁴⁸. Quest'ultima, infatti, ragionando sui pregiudizi prodotti dalla reiterazione dei vincoli espropriativi e suscettibili

⁴⁶ Cfr. G. SCIULLO, *La distinzione fra vincoli conformativi ed espropriativi*, cit. 428, il quale sottolinea che i vincoli "per zone territoriali", perché risultino conformativi, "non possono assumere quei caratteri di particolare incisività che viceversa connotano i vincoli espropriativi e che, ove lo facessero, non potrebbero sfuggire all'opposta qualificazione".

⁴⁷ A. CLINI, *Reiterazione di vincolo espropriativo: precisazioni sull'obbligo di indennizzo*, in *Urb. app.*, 2013, 7, 816, ragionando sull'obbligo di motivare la reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio, ritiene la necessaria previsione dell'indennizzo quale "forma di completamento della tutela assicurata al privato e di rispetto del canone di adeguatezza della motivazione richiesta".

⁴⁸ CEDU, sez. I, 15 luglio 2004 (ric. n. 36815/97), in *Riv. giur. edl.*, 2005, 3, 681, con nota di R. INVERNIZZI, *Reiterazione dei vincoli scaduti e indennizzo: teoria (italiana) e pratica (europea)*. La sentenza, in particolare, dopo aver ricordato gli orientamenti della Corte Costituzionale italiana in tema di vincoli espropriativi, ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ritenendo l'art. 39 del T.U. n. 327 del 2001 norma di principio, tale da offrire una tutela di carattere generico rispetto alle aspettative di indennizzo dei privati incisi da provvedimenti di vincolo. Tale decisione ha poi condizionato i successivi orientamenti della nostra giurisprudenza costituzionale: C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475. Sulle "tendenze espansive" della Corte europea dei diritti dell'uomo in punto di ambito della garanzia indennitaria anche "per le lesioni della sfera patrimoniale (proprietà *in primis*)", E. SCOTTI, *Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione*, in *www.ius-publicum.com*, 2014, spec. 9 e seguenti.

di indennizzo, ha tradizionalmente posto l'accento sulla rilevanza non già del fattore della perdita della proprietà, quanto del "congelamento di essa"⁴⁹ con connessa perdita temporanea del valore d'uso del bene e compromissione del suo valore di scambio.

Una soluzione che, peraltro, appare coerente con le più recenti riflessioni maturate intorno all'indennizzo come regola che possa valere, anche al di là di specifiche previsioni normative,⁵⁰ a fronte di quelle attività lecite della pubblica amministrazione⁵¹ che postulino il sacrificio del privato in quanto strada obbligata per perseguire la cura dell'interesse pubblico. È stato a tal proposito osservato che "nel rapporto tra interesse pubblico (e cura di esso) e sacrificio dell'interesse privato (per curare quello pubblico) s'inserisce un'aspettativa qualificata e ragionevole consistente nell'affidamento (legittimo) del privato a mantenere una posizione giuridica che muta a seguito di un provvedimento pregiudizievole che non è illegittimo e non deriva da un comportamento illecito"⁵². In quest'ottica, l'indennizzo si propone come misura del ristoro del privato che sopporta un "sacrificio qualificato (anormale e speciale) che non gli può essere integralmente addossato e pertanto va indennizzato"⁵³.

Considerazioni che, è fuor di dubbio, sono sostenute da valutazioni di equità sostanziale, in ogni caso non trascurabili specie nel momento in cui, in altri segmenti dell'ordinamento, la più recente giurisprudenza costituzionale segnala un giro di vite sulla possibilità di accesso ad agevolazioni fiscali da parte di contribuenti titolari di diritti reali su immobili oggetto di prescrizioni di tutela indiretta. Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale n. 11 del 20 aprile 2016, secondo la quale le agevolazioni fiscali previste per gli immobili storici non si estendono, in via analogica, agli immobili soggetti a vincolo indiretto funzionale alla tutela dei primi. Il giudice costituzionale sottolinea, al riguardo, come, per

⁴⁹ R. INVERNIZZI, *op.ult.cit.*, 691.

⁵⁰ Sulla regola della tassatività delle previsioni di indennizzo e sull'ammissibilità di interpretazioni analogiche in via estensiva, G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003, *passim*. In argomento si veda anche, A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012.

⁵¹ Sul tema si rinvia a R. ALESSI, *Responsabilità da atti legittimi*, in *Nov. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 625; G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecite*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 203; E. SCOTTI, *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012, *passim*; L. VIOLA, *Analisi economica del diritto e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, 10, 3399.

⁵² A. CRISMANI, *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecite della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 1693, il quale sottolinea inoltre che: "il principio di affidamento (che costituisce il limite al potere dell'amministrazione) è espressione del principio di solidarietà, la quale si percepisce come un criterio di distribuzione dei pesi e dei benefici tra la comunità organizzata e il singolo".

⁵³ A. CRISMANI, *op.ult.cit.*, 1694.

i beni soggetti a vincolo indiretto, il legislatore ben possa prevedere distinte e proporzionate forme di agevolazione fiscale, eppure, assenti specifiche prescrizioni di legge, ogni agevolazione, ancorché possa servire a compensare i costi di conservazione e manutenzione connessi, talvolta, all'esecuzione delle misure di vincolo indiretto, si scontra col limite del differente trattamento normativo che contraddistingue i fabbricati d'interesse culturale subordinati a vincolo diretto, che legittima il diverso trattamento fiscale⁵⁴.

Del resto, e per concludere, la prospettiva dell'indennizzabilità dei vincoli indiretti, quanto meno nelle ipotesi in cui gli stessi evocano un divieto assoluto di edificabilità che impedisca, in concreto, ogni sfruttamento economico del bene, lungi dal rappresentare un *vulnus* per la tutela prioritaria dei beni culturali, obiettivo che l'ordinamento di settore persegue senza distinguo⁵⁵, può consentire di spuntare quella che, in determinati casi, potrebbe essere utilizzata come un'arma dall'amministrazione che, per ragioni di convenienza economica, vincoli, in luogo di espropriare⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. C. Cost. 20 aprile 2016, n 11: “nel caso di bene culturale con vincolo diretto oggetto di tutela è il bene stesso, che il proprietario è obbligato a preservare (in adempimento di una pluralità di “obblighi positivi” di conservazione), con le sue caratteristiche intrinseche, nella sua integrità e originalità, e dunque sostenendo spese particolarmente elevate. Per un bene con vincolo indiretto, invece, oggetto di protezione non è il bene stesso, ma il contesto ambientale o di prospettiva nel quale l'immobile s'inserisce, a garanzia del quale l'Amministrazione può imporre (a carico dei beni in esso ricadenti) prescrizioni di vario tipo, ma non certo paragonabili al generale obbligo conservativo del bene culturale vero e proprio”.

⁵⁵ Per un approfondimento, in chiave storico-evolutiva: S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rass. Arch. Stato*, 1975, 116 (anche in ID., *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976, 152); E. FOLLIERI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 13 e seguenti. Di recente, L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016, 23 e seguenti. Sul patrimonio culturale come “bene comune”, con alcune riflessioni specifiche anche sulla tutela indiretta, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Bene comune (obblighi e utilità comuni) e tutela del patrimonio culturale*, in www.giustamm.it, 2015, 9.

⁵⁶ A. CROSETTI, *La composizione degli interessi nel vincolo indiretto*, cit., 73-74 fa espresso riferimento all'istituto dell'espropriazione per fini strumentali di cui all'art. 96 del Codice dei beni culturali e del paesaggio e, dato atto delle ricostruzioni teoriche di giurisprudenza e dottrina (A. BARBIERI, *Commento all'art. 96*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 673) in punto di differenziazione funzionale rispetto all'istituto del vincolo indiretto, rileva che “l'utilizzazione dello strumento vincolistico presenta indubbi vantaggi economici non avendo alcuna ripercussione di spesa per i bilanci pubblici”, laddove “in caso di esproprio strumentale, l'amministrazione dovrà corrispondere al proprietario la relativa indennità (74). Per ulteriori accenti di distinzione, C. VIDETTA, *Artt. 95, 96, 97, 98, 99, 100*, in R. FERRARA, G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi di urbanistica ed edilizia*, Padova, 2015, 941.

Abstract

The indirect restriction of a total construction ban in the protection of cultural assets, including proportionality and compensation

by Fortunato Gambardella

Article 45 of the Code of Cultural Heritage and Landscape regulates the institution of the so-called “indirect restriction” that describes the faculty of the public administration to adopt measures necessary to protect the architectural and environmental context into which cultural assets fall. These measures may also impose, at the expense of the citizens, absolute prohibitions on buildability in privately-owned areas and, in such instances, the law does not recognise any compensation to private individuals. The study evaluates the possibility of overcoming this jurisprudential direction in consideration of the particular importance that the law acknowledges, by way of motivating such restrictive measures, of the proportional nature of the administrative decision and in light of recent reflections on compensation as a rule for the activities of the administration which entail a sacrifice for the private individual.

La tutela della salute nelle periferie: problemi e prospettive di intervento

di Viviana Molaschi

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sull'oggetto dell'indagine. – 2. Precisazioni sul concetto di periferia. Le periferie sociali... e della salute. – 3. In teoria: le periferie sociali (e della salute) non dovrebbero esistere. – 4. Il diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato: crisi economica, taglio dei servizi e loro impatto sulle periferie. – 5. Una digressione: contenuto essenziale del diritto alla salute e periferie. – 6. La rilevanza della distribuzione dei servizi sanitari e socio-sanitari sul territorio. Cenni sulla questione dell'accorpamento e della soppressione delle strutture sanitarie. – 7. Segue: Il ruolo dei distretti sanitari e della medicina del territorio. – 8. La rilevanza degli interventi socio-assistenziali ai fini della tutela della salute nelle periferie. – 9. Che cosa possono fare le città per le “periferie della salute”? Le competenze sanitarie dei comuni. – 10. Spunti conclusivi. Valorizzazione del ruolo delle città nella tutela della salute e intersettorialità.

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

La questione, annosa e controversa, del livello di tutela del diritto alla salute garantito nel nostro Paese verrà affrontata in questo scritto focalizzando l'attenzione su un contesto particolare, quello delle periferie.

Si tratta di una cornice che pone problematiche di grande attualità: come affermato efficacemente da Renzo Piano, le periferie «sono la città del futuro, non fotogeniche d'accordo, anzi spesso un deserto o un dormitorio, ma ricche di umanità e quindi il destino delle città sono le periferie». Di qui la sempre maggiore attenzione da parte delle agende politiche e istituzionali al fine di operarne il «rammendo»¹.

Proprio la “ricchezza di umanità” fa sì che la riflessione sulle periferie non si arresti a profili e soluzioni urbanistiche, ma sia di portata ben più ampia e coinvolga gli studiosi di svariate discipline, sociologi anzitutto, ma non solo. Le periferie suscitano l'attenzione anche del giurista e, in quanto associate a condizioni di degrado e di svantaggio e spesso a drammatiche situazioni sul piano dell'inclusione sociale, sono fonte di pressanti interrogativi su quale sia il grado di protezione dei diritti delle persone che vi abitano.

L'analisi che verrà sviluppata avrà specificamente ad oggetto il diritto alla salute, il diritto fondamentale “per eccellenza”, si potrebbe dire, in quanto diritto da cui non si può prescindere ai fini della fruizione di tutti gli altri diritti e,

¹ Ci si riferisce allo scritto di R. PIANO, *Il rammendo delle periferie*, in *Il Sole 24 ore*, 26 gennaio 2014.

pertanto, a “fondamento” degli stessi. In realtà, come si vedrà, proprio nelle periferie la tutela di tale diritto va incontro a non poche difficoltà, che, dal punto di vista giuridico, sono state spiegate anche alla luce della sua natura di diritto sociale, che lo rende soggetto, nella sua attuazione, a molteplici condizionamenti.

Nelle pagine seguenti, dopo una breve introduzione sul concetto di periferia da cui prenderà le mosse lo studio e sulle garanzie costituzionali del diritto alla salute, così come tradotte nella normativa rilevante in materia sanitaria, si esaminerà quale sia lo “stato di salute” di tali realtà, cercando di evidenziare almeno alcune delle ragioni alla base del già accennato *deficit* di tutela. L'indagine verrà articolata affrontando, in particolare, i seguenti aspetti: gli effetti del condizionamento finanziario e le conseguenze della crisi economica; l'organizzazione dei servizi sanitari e socio-sanitari, concentrando la riflessione sulla loro distribuzione sul territorio; la rilevanza delle politiche sociali (e delle altre politiche) al fine della tutela del diritto alla salute; il ruolo delle città – *rectius*: dei comuni – nella garanzia della salute.

Nell'ambito della trattazione si proverà a formulare anche qualche ipotesi di «rammendo», ossia ad individuare quali strumenti possano essere utilizzati per migliorare le condizioni di salute delle fasce di popolazione che nelle periferie risiedono.

2. *Precisazioni sul concetto di periferia. Le periferie sociali... e della salute*

Prima di entrare nel vivo dell'analisi, si rende necessaria qualche breve precisazione sul concetto di periferia, che rappresenta il contesto in cui si muove l'indagine sulla garanzia del diritto alla salute che verrà condotta.

La parola racchiude in sé più significati, che rinviano ad una duplice configurazione: spaziale, data dalla lontananza da un centro, e sociale, quale luogo di degrado ed emarginazione².

Per quanto riguarda la dimensione spaziale, si tratta, peraltro, di un'impostazione che non sempre si presta ad essere applicata alle città contemporanee, ove centro e periferia spesso si intersecano in strutture urbane policentriche, che progrediscono secondo varie “combinazioni” di centro e periferia³.

² L. FREGOLENT, *Periferia e periferie*, in L. FREGOLENT (a cura di), *Periferia e periferie*, Roma, 2008, 16.

³ Su questi temi v. L. FREGOLENT, *Periferia e periferie*, cit., 16, la quale precisa: «Questo fenomeno è presente su ampia scala: esso interessa in maniera evidente le grandi città americane ma non è estraneo neppure al contesto italiano; si manifesta sia in ambiti territoriali caratterizzati dalla presenza di una struttura policentrica di centri medi e piccoli interconnessi e interrelati (come nel caso della città diffusa veneta) sia all'interno di sistemi metropolitani costruiti intorno ad un nucleo centrale che svolge ruolo di magnete (come nel caso di Milano) sia assumendo la forma di “sistema diffusivo” vale a dire luoghi di transizione tra insediamenti maggiormente strutturati, localizzati lungo la cintura metropolitana o in parti più remote ma prossime ad importanti assi di

La caratterizzazione sociale fa invece riferimento alla qualità di vita delle persone, segnata da condizioni di disagio, ed ha pertanto una connotazione assiologica negativa⁴.

Con il termine periferie, infatti, si intendono oggi non solo e non necessariamente le aree geograficamente più distanti dal centro (ammesso, che, come si è visto, un centro sia individuabile), ma quei luoghi urbani dove, a prescindere dall'ubicazione spaziale, si condensano diversi elementi di marginalità sociale⁵: «dal punto di vista abitativo, con quote elevate di edilizia popolare; da quello sociale, con un'alta incidenza di gruppi deboli e collocati al margine per il grado di disagio esperito; da quello culturale, con la concentrazione di popolazione a basso titolo di studio; da quello infrastrutturale, con una scarsa dotazione di strade, trasporti e istituzioni pubbliche; da quello economico, con la diffusione di economia informale e illegale»⁶. E, si potrebbe aggiungere, dal punto di vista della salute, con maggiori problematiche sanitarie e socio-sanitarie, che incidono significativamente sull'aspettativa di vita degli abitanti⁷.

Questi aspetti, a ben vedere, sono stati recepiti anche da quella che è forse la prima esplicita definizione di periferia rinvenibile nel nostro ordinamento giuridico⁸, coniata nell'ambito del Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia; ai sensi di essa «si considerano periferie le aree urbane caratterizzate da situazioni di marginalità economica e sociale, degrado edilizio e carenza di servizi» (art. 1, d.p.c.m. 26 maggio 2016)⁹.

penetrazione urbana (Catania) e che, con i dovuti distinguo, presentano una forma simile al suburbio. In tutti e tre questi esempi di dispersione e frammentazione morfologica degli insediamenti è evidente lo sfumarsi dei concetti di centrale e periferico».

⁴ Sulla dimensione assiologica del concetto di periferia v. il contributo di M. MAZZAMUTO, *Esiste una nozione giuridica di periferia?*, in *Nuove Autonomie*, 2016, 1, 6 ss.

⁵ In tema v. L. CHIODINI – R. MILANO (a cura di), *Le città ai margini. Povertà estreme e governo delle aree urbane. Analisi e linee di orientamento per lo sviluppo di politiche locali sulla marginalità sociale e le povertà estreme in Italia*, Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, 2010.

⁶ M. MAGATTI (a cura di), *La città abbandonata. Dove sono e come cambiano le periferie*, Bologna, 2007, 32.

⁷ Le differenze tra i vari quartieri delle città nell'aspettativa di vita sono ormai oggetto di crescente attenzione. A Torino, per esempio, se ci si sposta soltanto di qualche chilometro, dai quartieri più ricchi ed esclusivi situati della zona est in quelli meno ricchi e più popolari della zona ovest (come Vallette), l'aspettativa media di vita dei residenti scende di quasi tre anni, da 80 a 77,3 anni: riferisce di tali studi R. STAGLIANÒ, *Il tram che fa perdere cinque mesi di vita al chilometro* (6 giugno 2016), in <http://www.repubblica.it>.

⁸ Ne riferisce M. MAZZAMUTO, *Esiste una nozione giuridica di periferia?*, cit.

⁹ Il d.p.c.m. 25 maggio 2016, recante il «Bando per la presentazione di progetti per la predisposizione del Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia», è stato emanato in attuazione dell'art. 1, commi 974 e ss. della l. di stabilità 2016, l. 28 dicembre 2015, n. 208. In particolare, ai sensi del comma 974, «Per l'anno 2016 è istituito il Programma straordinario

La periferia sociale, come sinonimo di disagio sociale e di tutte le fragilità e criticità sociali che si sono brevemente indicate, non sempre coincide con la periferia intesa, in senso urbanistico, come area esterna, rispetto al centro, della città: può essere «estesa» all'esterno dei centri o «diffusa» nei centri stessi¹⁰.

Sarà proprio il concetto di periferia sociale quello che delinerà il quadro in cui si svolgerà l'analisi sulla garanzia del diritto alla salute che si intende sviluppare, con la puntualizzazione, appunto, che tali realtà si collocano lontane dai centri, ma anche all'interno di essi.

Nell'ambito degli studi sulle periferie paiono suggestive quelle riflessioni che hanno rilevato come le periferie vengano spesso indicate «per negazione»¹¹, nel senso che la periferia non è più campagna ma non è ancora città¹², o come «luogo dell'assenza»¹³: di storia, di regole, di significato, di qualità o di identità.

Si tratta di rappresentazioni elaborate da discipline non giuridiche, ma che possono rivelarsi di estremo interesse anche dal punto di vista del diritto, ove la prospettiva che verrà indagata è quella della negazione e dell'assenza dei diritti.

Emblematiche sono le immagini degli ambulatori di *Emergency* aperti nelle periferie delle città – Roma, come Milano, Bologna, Napoli, ma non solo – su cui si tornerà¹⁴. Si è abituati a pensare ad *Emergency* come a un'organizzazione che opera nelle “periferie del mondo” e colpisce leggere che interviene anche nelle nostre metropoli.

di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia, di seguito denominato “Programma”, finalizzato alla realizzazione di interventi urgenti per la rigenerazione delle aree urbane degradate attraverso la promozione di progetti di miglioramento della qualità del decoro urbano, di manutenzione, riuso e rifunzionalizzazione delle aree pubbliche e delle strutture edilizie esistenti, rivolti all'accrescimento della sicurezza territoriale e della capacità di resilienza urbana, al potenziamento delle prestazioni urbane anche con riferimento alla mobilità sostenibile, allo sviluppo di pratiche, come quelle del terzo settore e del servizio civile, per l'inclusione sociale e per la realizzazione di nuovi modelli di welfare metropolitano, anche con riferimento all'adeguamento delle infrastrutture destinate ai servizi sociali e culturali, educativi e didattici, nonché alle attività culturali ed educative promosse da soggetti pubblici e privati». La l. di bilancio 2017 appena approvata destina al Programma in esame ulteriori risorse.

¹⁰ Ci si riferisce qui allo scritto di F. MARTINELLI, *Periferie sociali: estese, diffuse. Nairobi, Kibera, Baba Dogo; San Salvador: Area Metropolitana; Roma: Tor Bella Monaca, Tiburtina*, Napoli, 2008.

¹¹ Così. P. DI BIAGI, *La periferia pubblica: da problema a risorsa per la città contemporanea*, in A. BELLI (a cura di), *Oltre la città: Pensare la periferia*, Napoli, 2006, reperibile altresì in http://www.laboratoriorapu.it/Plans_Project/Download/Lezioni/Lezione%205/dibiagi_paper.pdf, 1.

¹² «Frangia irregolare che non ha ancora le caratteristiche di città, ma ha ormai perso l'amenità della campagna e che forma una cintura spaventosa e deprimente intorno alle moderne città in espansione»: questa la definizione di R. URWIN, *La pratica della progettazione urbana*, Milano, 1971 (1909), 137.

¹³ V., ancora, P. DI BIAGI, *La periferia pubblica: da problema a risorsa per la città contemporanea*, cit., 1.

¹⁴ Per una ricognizione delle attività svolte da *Emergency* in Italia e, in particolare, dei poliambulatori e ambulatori presenti, ivi compresi quelli mobili, v. <http://www.emergency.it/italia/index.html>.

Incidentalmente occorre osservare che, anche se non sarà oggetto di analisi specifica in questo scritto, il tema della periferia sociale intercetta quello dell'immigrazione (tra l'altro di soggetti che spesso fuggono dalle "periferie del mondo"). Molti stranieri, specie se irregolari, una volta giunti in Italia, come in altri Paesi, affrontano, almeno in una prima fase, condizioni di vita difficili, all'insegna della precarietà, che si traducono in problematiche di tipo sanitario e socio-sanitario e incontrano ostacoli nell'accesso ai servizi sanitari. La marginalità degli immigrati, inoltre, può avere anche una dimensione spaziale, nella misura in cui nelle città si sviluppano quartieri di tipo monoetnico e monoculturale¹⁵. In questi casi si vengono tra l'altro a creare "periferie nelle periferie": tipico esempio è quello dei Rom e dei Sinti, che rappresentano tra i gruppi più esposti al disagio economico, sociale e anche sanitario.

3. *In teoria: le periferie sociali (e della salute) non dovrebbero esistere*

Guardando ai valori della nostra Carta Costituzionale e al quadro normativo a garanzia del diritto alla salute, sorgerebbe spontaneo affermare che in Italia, in teoria, le periferie sociali e, in particolare, quelle che si potrebbero chiamare, ai fini del tema d'indagine, le "periferie della salute" non dovrebbero esistere.

La Costituzione italiana, ispirata ai principi della solidarietà (art. 2 Cost.) e dell'uguaglianza (art. 3 Cost.), declinata in senso sia formale che sostanziale, dedica un articolo apposito al diritto alla salute, l'art. 32 Cost., ai sensi del quale «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti»¹⁶. Il dovere di tute-

¹⁵ Su questi temi e, più in generale, sull'accesso degli immigrati ad abitazione, istruzione e sanità, v. G. ZINCONE (a cura di), *Immigrazione: segnali di integrazione: sanità, scuola e casa*, Bologna, 2009. In argomento v., tra gli altri, C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2014; M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *Diritto dell'immigrazione e diritti dei migranti*. Atti del convegno internazionale, Agrigento, 22-23 maggio 2013, in *Nuove Autonomie*, 2013, 2/3; G. CHIARA, *I diritti sociali dei non cittadini nella giurisprudenza costituzionale: salute, assistenza sociale e istruzione*, in *Nuove Autonomie*, 2012, 1, 93 ss.; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari, 16-17 ottobre 2009), Napoli, 2010, 224 ss. Con particolare riferimento al diritto alla salute, in prospettiva comparatistica, sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *Right to health of newcomers to Canada. Reflections in the light of a comparison with Italy*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2/2013, 1 ss. e alla bibliografia ivi contenuta.

¹⁶ Sul diritto alla salute nella nostra Costituzione v., *ex multis*, R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 13 ss.; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, vol. V, R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, 3 ss.; ID., *L'ordinamento della Sanità*, Torino, 2007, 37 ss.;

la espresso dalla norma costituzionale ha trovato consacrazione nella successiva previsione costituzionale, introdotta dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, dei «livelli essenziali delle prestazioni», di cui all'art. 117, c. 2, lett. m) Cost., «che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»¹⁷.

I valori e i principi della Carta costituzionale sono stati fatti propri dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, e, successivamente, dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, di riordino del medesimo, così come modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 e dagli ulteriori interventi in materia.

Il nostro Servizio sanitario nazionale (SSN) si ispira infatti ad alcuni principi fondanti: universalità, in quanto si rivolge a tutta la popolazione, all'intera comunità nazionale; equità nell'accesso, in quanto la tutela della salute è garantita a prescindere dalle condizioni individuali e socio-economiche degli individui e da dove questi si trovino sul territorio nazionale, aspetto, quest'ultimo, implicato dagli stessi livelli essenziali delle prestazioni; globalità delle prestazioni, in quanto assicura una pluralità di prestazioni, generalmente sintetizzate come «prevenzione, cura, riabilitazione»¹⁸ o «promozione, mantenimento, recupero»¹⁹.

A tali prestazioni vanno oggi ad aggiungersi le prestazioni socio-sanitarie, che si connotano per lo stretto collegamento, la compenetrazione tra interventi di tipo sanitario e di tipo sociale, al fine di dare una risposta – appunto globale – ai bisogni di cura e di assistenza della persona “fragile”. Si tratta, ai sensi dell'art. 3 *septies*, c. 1 del d.lgs. n. 502/1992, di «tutte le attività atte a soddisfare, mediante

ID., *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 513 ss.; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, tomo I, Milano, 2003, II ed., 625 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002; C.M. D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento-V, Milano, 2001, 1009 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica nella Sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 1 ss.; M. LUCIANI, voce *Salute (diritto alla salute – dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, vol. XXVII; ID., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e società*, 1980, 769 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. e società*, 1984, 21 ss.

¹⁷ Sui livelli essenziali delle prestazioni come concretizzazione del dovere di tutela della salute sancito dall'art. 32 Cost. sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, cit., in partic. 508 ss.; ID., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, in partic. 241 ss. Sui livelli essenziali delle prestazioni in sanità v. altresì C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, Bologna, 2008.

¹⁸ V., ad esempio, l'art. 19 della l. n. 833/1978, in relazione alle prestazioni garantite da quelle che erano un tempo le Usl.

¹⁹ V. l'art. 1 della l. n. 833/1978, ai sensi del quale «Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale». La crescente importanza dell'integrazione socio-sanitaria è in linea con la nozione di salute contenuta nell'atto costitutivo dell'OMS, secondo cui la salute deve essere intesa come «*uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solamente l'assenza di malattie o di infermità*». Le prestazioni socio-sanitarie rappresentano una nuova frontiera del principio di globalità.

La previsione costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni ha trovato attuazione, con particolare riferimento al diritto alla salute, nel d.p.c.m. 29 novembre 2001, emanato sulla base dei principi sanciti nell'art. 1 del d.lgs. n. 502/1992 e del procedimento stabilito dall'art. 6 del d.l. 18 settembre 2001, n. 347, nel testo modificato dalla relativa l. di conversione 16 novembre 2001, n. 405²⁰. I Lea sanitari saranno presto aggiornati, secondo quanto previsto dalla l. di stabilità 2016 (art. 1, c. 553 ss., l. 28 dicembre 2015, n. 208).

Per quanto riguarda gli stranieri, cui si è avuto modo di accennare, nell'accesso alle cure gli immigrati c.d. regolari sono equiparati dalla legge agli italiani; su di essi grava l'obbligo di iscrizione al SSN (art. 34, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Per quanto concerne gli stranieri c.d. clandestini, sono previste azioni di tutela all'arrivo, specie nel caso dei flussi via mare, anche nell'ottica della garanzia della salute dei cittadini italiani²¹. Inoltre agli immigrati irregolari sono comunque assicurate, nei presidi pubblici e accreditati, «le cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, con particolare riguardo

²⁰ Del pari rilevante è l'art. 54 della l. 27 dicembre 2002, n. 289, l. finanziaria 2003, secondo cui «le prestazioni riconducibili ai suddetti livelli di assistenza e garantite dal Servizio sanitario nazionale» sono quelle di cui al già citato d.p.c.m. 29 novembre 2001. La legislazione statale successivamente intervenuta ha poi confermato il predetto sistema di determinazione dei livelli. Si sono però manifestate esigenze di riforma e aggiornamento, che stanno trovando risposta solo grazie alla l. di stabilità 2016: v. *infra*.

²¹ Per i controlli sanitari il Ministero della Salute si avvale del personale USMAF (Uffici di Sanità Marittima, Aerea e di Frontiera). In base alla tipologia della nave, i controlli possono già iniziare a bordo. Nei porti presidiati dagli USMAF si realizzano sinergie tra le varie autorità locali coinvolte – marittima (Capitaneria di porto), di pubblica sicurezza (Prefettura), sanitaria (Asl e Servizio regionale Emergenza Territoriale 118) – e la Croce rossa italiana, dando luogo ad una sorta di piattaforma sanitaria. In materia, per un quadro sulle iniziative in atto, v. l'Audizione del Ministro della Salute nell'ambito dell'inchiesta «sul sistema di accoglienza e di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri di accoglienza, nei centri di accoglienza per richiedenti asilo e nei centri di identificazione ed espulsione», con particolare riferimento alle tematiche della profilassi, prima accoglienza, assistenza sanitaria, inserimento nel SSN e minori non accompagnati (7 giugno 2016). Si segnala altresì il progetto PASSIM (Prmissima Assistenza e Soccorso Sanitario in Mare), finanziato con risorse del fondo asilo immigrazione e integrazione 2016-2021, in cui il Ministero della Salute è capofila e coordinatore degli interventi di soccorso sanitario in mare ed effettuati a bordo delle navi della Marina militare, della Guardia costiera e della Guardia di finanza e a cui partecipa anche la Croce rossa italiana: informazioni possono rinvenirsi sul sito della Croce rossa italiana stessa, <http://www.cri.it>.

alla profilassi, alla diagnosi e alla cura delle malattie infettive» (art. 35, c. 3, d.lgs. n. 286/1998). La normativa prevede anche la tutela delle donne in gravidanza e della salute dei minori. Allo straniero irregolare è rilasciato un codice STP (straniero temporaneamente presente) e nel caso non possa affrontare i costi correlati alle prestazioni sanitarie può essere esonerato dalla partecipazione alle spese, secondo le stesse regole valevoli per i cittadini italiani, a seguito di “autocertificazione di indigenza”. Recentemente, infine, per i Rom e i Sinti, in ossequio alle indicazioni europee, vista anche la loro numerosità (tra i 10 e i 12 milioni)²², è stato adottato da parte del Ministero della salute un «Piano d’azione salute per e con le Comunità Rom, Sinti e Caminanti» (maggio 2015).

Perché dunque, in un quadro, come quello descritto, così avanzato sul fronte della tutela del bene salute, la realtà ci mostra periferie della salute ancora “estese” e “diffuse”?

4. *Il diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato: crisi economica, taglio dei servizi e loro impatto sulle periferie*

Lo iato tra principi costituzionali e previsioni normative a protezione della salute, da un lato, e *deficit* di tutela nella realtà, dall’altro, evidenziato dal quesito con cui si è concluso il paragrafo precedente, trova una prima spiegazione nella considerazione in base alla quale il diritto alla salute, come ci insegna la più attenta dottrina, è un diritto «finanziariamente condizionato»²³, la cui garanzia è mediata da scelte politico-istituzionali, modalità di organizzazione e dinamiche di funzionamento delle p.a. e, soprattutto, dipende dalle risorse disponibili.

Gli effetti della crisi economica, in particolare in un’ottica di sostenibilità a lungo termine del sistema di *welfare* italiano, hanno reso necessario un contenimento della spesa pubblica che ha richiesto molti sacrifici alla sanità.

I dati sul de-finanziamento del SSN preoccupano non poco²⁴. Come evi-

²² Questi dati sono forniti dalla Comunicazione della Commissione Europea COM(2011)173, «Quadro dell’UE per le strategie nazionali di integrazione dei Rom fino al 2020».

²³ Sulla configurazione dei diritti sociali quali «diritti finanziariamente condizionati» v. F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, in partic. 28 ss. Con specifico riferimento al diritto alla salute v. R. FERRARA, *L’ordinamento della Sanità*, cit., in partic. 37 ss., 215 ss; ID., voce *Salute (diritto alla)*, cit., in partic. 530 ss. Su tali temi l’autore è ritornato in ID., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, cit., *passim*.

²⁴ Cfr. il «Rapporto sulla sostenibilità del Servizio Sanitario Nazionale 2016-2025» della Fondazione Gimbe (presentato presso la Biblioteca del Senato “Giovanni Spadolini” il 7 giugno 2016): «Dopo i 25 miliardi di euro sottratti da varie manovre finanziarie nel periodo 2012-2015, la sanità pubblica ha lasciato per strada altri € 6,79 miliardi, rispetto a quanto definito nel Patto per la Salute. Insistendo su questa linea, il DEF 2016 prevede che il finanziamento del SSN nel 2019 si riduca al 6.5% del PIL, una soglia che non solo mina la qualità dell’assistenza, ma rischia di ridurre

denziato dalla Corte dei Conti, sezioni riunite in sede di controllo, nel Rapporto 2016 sul coordinamento della finanza pubblica²⁵, negli ultimi anni il divario con gli altri Paesi europei in termini di livello di risorse (pubbliche e private) destinate alla spesa sanitaria è sensibilmente cresciuto: gli importi sono oggi inferiori della metà rispetto a quelli tedeschi, del 20 per cento se comparati con quelli francesi. È vero che è imminente l'aggiornamento dei Lea e sono destinati dei fondi *ad hoc*²⁶, ma bisogna fare attenzione ad interpretare bene i dati: negli ultimi anni la sanità ha ricevuto sempre meno di quanto previsto nel DEF (Documento di economia e finanza) e gli stanziamenti per i Lea non valgono a compensare tale decremento²⁷.

Si colloca nel contesto delle politiche volte a contenere i costi anche il c.d. Decreto appropriatezza (d.m. 9 dicembre 2015), che individua le «Condizioni di erogabilità e le indicazioni di appropriatezza prescrittiva delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale». L'obiettivo di combattere gli sprechi e gli eccessi della medicina difensiva è condivisibile, ma la previsione di eventuali sanzioni per i medici in caso di comportamento prescrittivo non conforme (art. 9 *quater*, d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito in l. dalla l. 6 agosto 2015, n. 125)²⁸, ora sospese durante la fase sperimentale e di monitoraggio (cfr. la circolare 25 marzo 2016), è indicativa dell'urgenza di realizzare risparmi di spesa²⁹.

l'aspettativa di vita, fenomeno nel frattempo già documentato per la prima volta dal Rapporto OsservaSalute 2015 e dal Rapporto Istat 2016».

²⁵ V. Corte dei Conti, sezioni riunite in sede di controllo, 22 marzo 2016, Delibera n. 2/2016/SSRRCO/RCFP, in <http://www.corteconti.it>.

²⁶ All'attuazione dei nuovi Lea nel 2016 sono stati attribuiti 800 milioni, ai sensi dell'art. 1, c. 555 della l. di stabilità 2016. Il percorso di approvazione non è però ancora concluso e le sorti di tale stanziamento non sono allo stato del tutto chiare. In argomento v. R. TURNO, *Sanità, fibrillazioni e partite aperte* (9 dicembre 2016), in *Sanità 24 – Il Sole 24 ore*, <http://www.sanita24.ilssole24ore.com/>.

²⁷ Secondo il citato Rapporto 2016 della Corte dei Conti sul coordinamento della finanza pubblica l'esempio del finanziamento previsto dal DEF per il 2016 è paradigmatico: in 32 mesi dai 117,6 miliardi di euro stimati dal DEF 2013, si è scesi a 116,1 con il DEF 2014, a 113,4 con il DEF 2015, per arrivare nel 2016 a un finanziamento reale di 111 miliardi, comprensivi di 800 milioni da destinare ai nuovi Lea. La l. di bilancio 2017 appena approvata prevede peraltro un'inversione di tendenza, destinando al Fondo sanitario nazionale 113 miliardi, che salgono a 114 nel 2018 e a 115 nel 2019.

²⁸ L'art. 9 *quater*, c. 5, del d.l. n. 78/2015, convertito in l. dalla l. n. 125/2015, prevede che in caso di comportamento prescrittivo non conforme al c.d. Decreto appropriatezza l'ente del SSN coinvolto richieda al medico prescrittore le ragioni della mancata osservazione delle prescrizioni e indicazioni in questo contenute. Le sanzioni, che variano a seconda che si tratti di medico dipendente o convenzionato con il SSN, "scattano" in caso di mancata risposta o giustificazioni insufficienti.

²⁹ Si noti, oltretutto, che recentemente la Corte dei Conti, sez. giurisdizionale Lombardia, 5 maggio 2016, n. 83 ha affermato che la sola contestazione, nei confronti del medico di medicina generale di un'Asl, del rilevato significativo scostamento dalla media prescrittiva della Asl relati-

Emblematico della contrazione delle risorse è il ridimensionamento dei servizi, di cui la situazione dei posti letto³⁰ è uno degli indicatori più significativi³¹. Intervento molto controverso è inoltre la chiusura dei punti nascita con meno di cinquecento parti all'anno³².

Tra gli aspetti più eclatanti del de-finanziamento si segnala la questione delle liste d'attesa³³ e dei tempi di erogazione, che pur dovrebbero ritenersi inerenti ai «livelli essenziali», come emerge dalla stessa giurisprudenza costituzionale³⁴, in un'ottica di garanzia dell'appropriatezza delle prestazioni che abbracci anche la dimensione temporale³⁵.

vamente ad alcuni farmaci, non è «di per sé sufficiente a fondare l'accertamento di responsabilità amministrativo-contabile per indebita prescrizione di farmaci a carico del S.s.n. (riconducibile al disposto dell'art. 1, co. 4, del d.l. 20 giugno 1996, n. 33)».

³⁰ In materia di posti letto v., da ultimo, il d.m. 2 aprile 2015, n. 70, «Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera».

³¹ Sempre in base al Rapporto 2016 della Corte dei Conti sul coordinamento della finanza pubblica, in Italia i posti letto sono 3,4 per 1000 abitanti contro gli 8,3 in Germania, i 6,3 in Francia e i 4,8 in media nei paesi Ocse.

³² Sulla questione della chiusura dei punti nascita v., ancora, il d.m. n. 70/2015, secondo cui si applicano le soglie di volume di attività di cui all'Accordo sancito in Conferenza unificata il 16 dicembre 2010 in tema di «Linee di indirizzo per la promozione ed il miglioramento della qualità della sicurezza e dell'appropriatezza degli interventi assistenziali nel percorso nascita e per la riduzione del taglio cesareo». Il d.m. 11 novembre 2015, peraltro, che integra i compiti e la composizione del Comitato Percorso Nascita nazionale (CPNn), prevede all'art. 1, c. 1, 2 e 3 la possibilità che le regioni o province autonome possano presentare al Tavolo di Monitoraggio di cui al d.m. 29 luglio 2015 «eventuali richieste di mantenere in attività punti nascita con volumi di attività inferiori ai 500 parti annui e in condizioni orograficamente difficili (Decreto n. 70/2015) in deroga a quanto previsto dall'Accordo Stato-Regioni del 16 dicembre 2010».

³³ Il problema è ormai denunciato da tutti i mezzi di stampa. A titolo di esempio si pensi che per le mammografie al di fuori degli *screening*, peraltro non diffusi in maniera eguale sul territorio, occorre aspettare anche cinquecento giorni: v. M. BOCCI, *500 giorni per una mammografia, l'attesa infinta dei pazienti d'Italia*, in *R.it. Salute*, <http://www.repubblica.it> (18 marzo 2016)

³⁴ V. Corte Cost., 16 marzo 2007, n. 80, in <http://www.giurcost.org>, con il commento di A. ROVAGNATI, *Dalla Consulta nuove indicazioni sul concorso di competenze dello Stato, delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano?*, secondo cui il fatto che l'allegato 5 del d.p.c.m. 29 novembre 2001, introdotto dal successivo d.p.c.m. 16 aprile 2002, detti le linee guida sui criteri di priorità per l'accesso alle prestazioni diagnostiche e terapeutiche e sui tempi massimi di attesa, conferma «lo stretto collegamento tra i LEA e le cosiddette "liste di attesa"».

³⁵ Sulla sussistenza di una dimensione anche temporale dell'appropriatezza v. C. TUBERTINI, *Garanzia dei livelli essenziali dei diritti e disuguaglianza sostenibile. Il caso del diritto alla salute*, cit., 291 ss., che sottolinea l'inserimento dell'elemento «tempo» tra i fattori strutturali dei Lea. In argomento v. altresì F. GIGLIONI, *I servizi sanitari*, in L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005, in particolare 37 ss.; A. TESTI, E. TANFANI, *L'appropriatezza temporale delle prestazioni sanitarie*, in N. FALCITELLI, M. TRABUCCHI, F. VANARA (a cura di), *Rapporto Sanità 2004. L'appropriatezza in sanità: uno strumento per migliorare la pratica clinica*, Bologna, 2004, 121 ss. Sia infine consentito rinviare a V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., 504 ss.; ID. *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 182 ss.

Tra i sintomi della crisi non si può infine non rammentare l'aumento dei ticket, soprattutto nella specialistica, che ha comportato una crescita della spesa *out of pocket*³⁶.

Le rilevate problematiche hanno maggiormente inciso sulle periferie sociali. Per coloro che vi risiedono e che soffrono di difficoltà economiche, infatti, l'aumento dei ticket è più oneroso. Si tenga al riguardo presente che il sistema di compartecipazione al costo delle prestazioni sanitarie e delle esenzioni presenta ancora elementi di iniquità. Secondo quanto previsto nel Patto per la salute 2014-16 esso dovrebbe essere riformato tenendo conto della condizione economica dell'assistito o del nucleo di appartenenza.

Coloro i quali vivono in condizioni disagiate hanno inoltre minori possibilità di trovare, a fronte della riduzione dei servizi o delle lunghe attese, soluzioni alternative, compresa quella di rivolgersi a strutture e professionisti privati.

5. *Una digressione: contenuto essenziale del diritto alla salute e periferie*

Gli esempi illustrati nel paragrafo precedente, nel dare conto degli effetti della contrazione delle risorse destinate alla sanità, risultano tanto più problematici nella misura in cui l'incidenza dei fattori economico-finanziari sulla tutela del diritto alla salute dovrebbe trovare un limite nella garanzia del contenuto essenziale di quest'ultimo. Il concetto di contenuto essenziale³⁷, elaborato dalla giurisprudenza costituzionale³⁸ e utilizzato frequentemente a livello di giurisprudenza di merito, rappresenta un baluardo contro la dequotazione del diritto alla salute conseguente al suo carattere finanziariamente condizionato: la necessaria flessibilità e gradualità nell'attuazione del diritto non possono tradursi nella lesione del suo nucleo intangibile, in sostanza nella sua vanificazione.

Anche in relazione a tali importanti principi si registra però quello iato tra teoria dei diritti e concretezza o pratica nella loro attuazione cui si è già avuto modo di accennare: le "periferie della salute", a rigore, non dovrebbero esistere,

³⁶ V. al riguardo le analisi del già citato «Rapporto sulla sostenibilità del Servizio Sanitario Nazionale 2016-2025» della Fondazione Gimbe, in partic. 15 ss.

³⁷ Sulle applicazioni del concetto di "contenuto essenziale" nella giurisprudenza costituzionale riguardante il diritto alla salute sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., 457 ss.; ID. *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 60 ss.

³⁸ Tra le più importanti decisioni che hanno concorso all'elaborazione del concetto v., ad es., proprio con riferimento al diritto alla salute, Corte Cost., 16 luglio 1999, n. 309, in *Foro it.*, 1999, I, 2776, con nota di D. DALFINO, secondo cui «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile» di tale diritto, «protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana».

in quanto il contenuto essenziale del diritto alla salute, peraltro immanente ai «livelli essenziali»³⁹, dovrebbe comunque essere garantito, ma nella realtà della vita quotidiana di queste aree le cose non stanno in questi termini.

Al riguardo si può anzitutto rilevare un limite connaturato alla tutela del suddetto nucleo, di matrice giurisprudenziale, che, soprattutto quando viene impiegato a livello della giurisprudenza di merito, ha una rilevanza e un impatto casistico: nasce dal caso singolo e in genere è a questo che fornisce una risposta. Non si può inoltre non considerare che i soggetti che vivono nelle periferie, proprio per la propria situazione socio-economica, hanno maggiori difficoltà nell'intraprendere azioni giudiziarie. Il problema della salute nelle periferie è inoltre una questione «estesa» e «diffusa», per riprendere espressioni già usate: va ben al di là del singolo che non ha avuto accesso a una specifica prestazione; concerne tutti coloro che si trovano a vivere in una determinata area e che condividono per questo motivo difficoltà di accesso ai servizi.

I casi affrontati dalla giurisprudenza, inoltre, sono quelli tipici del farmaco «salvavita»⁴⁰ o delle terapie innovative e sperimentali, anche se in questi casi si è talora corso il rischio di confondere il diritto alla salute con il diritto alla speranza⁴¹. La questione dell'accesso alle prestazioni nelle periferie, invece, riguarda per

³⁹ Il rapporto tra il concetto di contenuto essenziale dei diritti – in particolare il diritto alla salute – e i livelli essenziali emerge con nettezza in Corte Cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, 394, con nota di richiami di R. ROMBOLI e osservazioni di A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Sul controllo delle leggi regionali*; V. MOLASCHI, «Livelli essenziali delle prestazioni» e Corte Costituzionale: prime osservazioni; A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e regioni*. Tale pronuncia, nel tracciare una definizione della nuova coordinata costituzionale di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. ha affermato che «non si tratta di una «materia» in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle».

⁴⁰ V, ad es., Cass. civ., sez. lav., 22 aprile 1994, n. 3870, in *Foro it.* 1995, I, 577.

⁴¹ Emblematico è il caso Di Bella, che ha fatto «storia»: per un'analisi della vicenda v. B. PEZZINI, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio sanitario*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003, 41 ss. In argomento v. altresì E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici. Riflessioni in margine al caso Di Bella*, Milano, 2003. Al concetto di contenuto essenziale si è ricorsi anche nel c.d. «caso Stamina», che ha addirittura avuto risvolti penali, sul quale si rinvia al «Dossier Stamina» pubblicato in <http://www.biodiritto.org/novita/news/item/330-dossier-staminali>. Proprio in relazione a quest'ultimo caso si è parlato di creazione giurisprudenziale del diritto alla speranza: v. D. PARIS, *I rischi di una giurisprudenza «compassionevole». Riflessioni sull'operato della magistratura ordinaria nel caso Stamina*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, che si segnala per l'attenta analisi giurisprudenziale. Tra le prestazioni di alta specialità oggetto di maggiori controversie vi è altresì la terapia Dikol, terapia riabilitativo-motoria personalizzata: v. Cass. Civ., sez. un., 27 febbraio 2012, n. 2923, in *Giust. cin. Mass.* 2012, 2, 222, che fa egualmente uso del concetto di nucleo irriducibile del diritto alla salute.

lo più prestazioni “normali”, ossia prestazioni che sono garantite dal Servizio sanitario nazionale nell’ambito dei Lea, ma rispetto alle quali non si trova un presidio idoneo ad assicurarle o ci sono tempistiche di erogazione troppo lunghe, criticità che si sono già sottolineate.

Il problema delle “periferie della salute” sembra quindi avere a che vedere con altri fattori, tra i quali riveste un ruolo cruciale la distribuzione e l’organizzazione dei servizi sul territorio, senza dimenticare l’impatto che sulla salute di chi vive in tali zone hanno le problematiche sociali che le caratterizzano.

6. *La rilevanza della distribuzione dei servizi sanitari e socio-sanitari sul territorio. Cenni sulla questione dell’accorpamento e della soppressione delle strutture sanitarie*

Nelle città contemporanee lo schema centro-periferia, come si è avuto modo di accennare, è diventato un paradigma solo in parte attuale: «ci sono pezzi di periferia che diventano dei nuovi centri e ci sono aree centrali che rischiano la marginalizzazione»⁴². Proprio per questa ragione il riferimento della riflessione che verrà sviluppata nelle pagine seguenti sarà, più che la periferia, il territorio, ossia, più precisamente, l’organizzazione e l’articolazione dei servizi sanitari e socio-sanitari sul territorio.

Oltretutto la periferia non è una dimensione territoriale presa in considerazione, quantomeno in modo esplicito, dalle previsioni del d.lgs. n. 502/1992 che si occupano dell’articolazione del SSN e dei servizi sanitari regionali che lo compongono⁴³.

⁴² Così M. MAGATTI (a cura di), *La città abbandonata*, cit., 28, 475.

⁴³ L’espressione periferia non compare neppure nella normativa in materia di farmacie, anche se sembra essere in qualche misura tenuta presente nelle disposizioni concernenti la relativa collocazione, che guardano sia al numero di abitanti “serviti” dalla farmacia (art. 1, l. 2 aprile 1968, n. 475, come modificato dall’art. 11, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l., con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27) sia ad assicurare «un’equa distribuzione sul territorio» (art. 2, comma 1, l. n. 475/1968 cit.). A tale riguardo la normativa ruota attorno al concetto di «pianta organica», che «deve indicare: a) la popolazione del comune ed il numero delle farmacie che il comune deve avere in base all’art. 1 della legge 2 aprile 1968, n. 475; b) le sedi farmaceutiche; c) la circoscrizione della zona di ciascuna delle sedi farmaceutiche; d) il numero delle farmacie esistenti» (art. 2, d.P.R. 21 agosto 1971, n. 1275). La disciplina si caratterizza per l’attenzione ai cambiamenti che riguardano l’assetto urbanistico e demografico. Si pensi, a titolo di esempio, a quelle previsioni che prevedono che si tenga conto «dell’esigenza di garantire l’accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate» (art. 2, c. 1, l. n. 475/1968). Nello stesso ordine di idee si collocano le disposizioni relative alla revisione delle piante organiche dovute a «nuove esigenze dell’assistenza farmaceutica determinate da spostamenti avvenuti nella popolazione o dal sorgere di nuovi centri abitati» (art. 1, c. 2, d.P.R. n. 1275/1971). Del pari va ricordato che è possibile autorizzare «il trasferimento della farmacia, nell’ambito del comune o dell’area metropolitana, in una zona di nuovo insediamento abitativo, tenuto conto delle esigenze

Le porzioni di territorio aventi rilevanza nell'ambito dei vari servizi sanitari regionali sono le aree su cui operano le Asl o le Aziende ospedaliere (Ao)⁴⁴ e, in particolare, nel contesto delle Asl, i distretti, che ne sono, appunto, l'articolazione sul territorio e che, tra l'altro, interagiscono con gli ambiti, con i quali «di norma» coincidono, secondo la l. quadro sul sistema integrato di interventi e servizi sociali (art. 8, l. 8 novembre 2000, n. 328). Occorre inoltre ricordare che la città o, *rectius*, il comune, a cui il tema delle periferie più direttamente si collega, ha limitate competenze in materia sanitaria, questione su cui si tornerà più avanti.

Ai fini dell'analisi che ci si prefigge di svolgere, bisogna preliminarmente precisare che il processo decisionale attraverso cui si determinano le forme e le modalità in base alle quali sono organizzate le strutture in cui si articola sul territorio il Servizio sanitario nazionale e, nello specifico, i servizi sanitari regionali che lo costituiscono si sviluppa su diversi livelli⁴⁵.

Anzitutto, l'organizzazione è il risultato dell'interazione tra le scelte compiute a livello di fonti primarie e secondarie sia nazionali che regionali, che indicano un assetto macro-organizzativo di base. Giova a tale riguardo ricordare che il d.lgs. 502/1992 attribuisce alla regione il potere di disciplinare l'articolazione del territorio regionale in Asl (art. 2, c. 2 *sexies*, d.lgs. n. 502/1992)⁴⁶.

All'interno di tale contesto e, in particolare, «nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali», si collocano le decisioni di auto-organizzazione assunte dalle singole aziende⁴⁷, in particolare attraverso l'atto aziendale, che individua le strutture dotate di autonomia gestionale o tecnico professionale (art.

dell'assistenza farmaceutica determinata dallo spostamento della popolazione, rimanendo immutato il numero delle farmacie in rapporto alla popolazione ai sensi dell'articolo 1 della legge 2 aprile 1968, n. 475» e successive modifiche (art. 5, c. 2, l. 8 novembre 1991, n. 362). Gli ultimi interventi del legislatore nella disciplina sono finalizzati a realizzare una «più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico», oltre che a «favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti» (art. 11, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. dalla l. 24 marzo 2012, n. 27).

⁴⁴ I soggetti erogatori che, nell'ambito del SSN, concorrono a fornire i livelli essenziali di assistenza sono le aziende unità sanitarie locali, cui si aggiungono le aziende ospedaliere, anche nella variante ospedaliero-universitaria introdotta dal d.lgs. 21 dicembre 1999, n. 517, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico e i soggetti privati accreditati (art. 3, c. 1 e 8 *bis*, comma 1, d.lgs. n. 502/1992).

⁴⁵ In argomento v. S. MONZANI, *La articolazione dei servizi sanitari sul territorio tra vincoli pubblicistici ed esigenze aziendali*, in M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006, 211 ss.

⁴⁶ La disciplina ha superato il precedente criterio preferenziale che individuava nel territorio provinciale l'ambito territoriale ottimale per la costituzione dell'Asl: art. 3, c. 5, lett. a), d.lgs. n. 502/1992, abrogato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229.

⁴⁷ Sull'organizzazione aziendale quale segmento dell'organizzazione sanitaria v. E. MENICCHETTI, *L'organizzazione aziendale: le aziende unità sanitarie locali, le aziende ospedaliere e le aziende ospedaliero-universitarie*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, cit., 231 ss.

3, c. 1 *bis*, d.lgs. n. 502/1992)⁴⁸. Tale potestà di auto-organizzazione appartiene tanto alle Asl, nell'esercizio della propria autonomia di tipo imprenditoriale, in conseguenza della quale l'atto aziendale è qualificato atto di diritto privato, sia alle Aziende ospedaliere. Su tali scelte incidono, peraltro, anche le politiche e gli orientamenti consacrati a livello di pianificazione: un tempo, nel Piano sanitario nazionale, che negli anni ha perso rilevanza; oggi, soprattutto, nei piani sanitari o socio-sanitari regionali, che invece stanno acquisendo sempre maggiore centralità, e nei piani di riordino delle reti ospedaliere⁴⁹. Si discute, tra l'altro, su quali siano i reali spazi di autonomia organizzativa delle aziende, ma questo è argomento che esula dalla trattazione.

Il primo dato che rileva ai fini della questione della distribuzione dei servizi sul territorio è quello della razionalizzazione della rete delle aziende⁵⁰, Asl e Ao, che ha sì la funzione di individuare le dimensioni ottimali delle medesime per rendere più efficiente il sistema e per elevarne i livelli qualitativi, ma che è spesso la conseguenza della necessità di ridurre le spese a fronte dei tagli alla sanità, specie in periodi di crisi economica.

Per dovere di completezza occorre ricordare che un primo importante passo in questo senso si ebbe con l'aziendalizzazione che seguì l'entrata in vigore del d.lgs. n. 502/1992: si passò da 659 Usl alla data del 31 dicembre 1992 a 228 Ausl alla data del 31 dicembre 1995 (popolazione media pari a circa 250.000 abitanti). Tale numero diminuì ulteriormente negli anni successivi: 183 al 31 dicembre 2005 e 148 al 30 giugno 2009 (popolazione media pari a circa 413.000 abitanti). A febbraio 2015 il numero delle Asl è sceso a 139⁵¹.

Inoltre nell'esercizio della propria discrezionalità legislativa le regioni hanno fatto scelte variegate, che vanno dall'istituzione di Asl di «area metropolitana» (è il caso di Firenze, Milano, Bologna) alla creazione di Asl su scala regionale (si pensi all'Asur delle Marche, all'Asrem del Molise e all'Azienda Usl della Valle d'Aosta).

Tali soluzioni, se, da un lato, mirano ad evitare la frammentazione territoriale e

⁴⁸ Sull'atto aziendale v., *ex multis*, F. GABOARDI, *La centralità dell'atto aziendale e il suo rapporto con le fonti pubblicistiche nel sistema sanitario* (9 marzo 2013), in <http://www.contabilita-pubblica.it>; G. CILIONE, M. G. CAVALLARI (a cura di), *L'atto aziendale di organizzazione e funzionamento delle aziende sanitarie*, Bologna, 2002; F. C. RAMPULLA, L. P. TRONCONI, *L'atto aziendale di organizzazione delle aziende sanitarie*, in *Sanità pubblica*, 2002, 311 ss.

⁴⁹ I piani di riordino delle reti ospedaliere regionali nascono dall'esigenza di adeguare le reti ospedaliere ai nuovi standard prescritti dalla normativa nazionale: cfr. il d.m. n.70/2015 e la l. di stabilità 2016.

⁵⁰ In tema v. E. MENICETTI, *L'organizzazione aziendale: le aziende unità sanitarie locali, le aziende ospedaliere e le aziende ospedaliero-universitarie*, cit., in partic. 242 ss.

⁵¹ Per tali ulteriori dati (fonte: elaborazione Quotidiano Sanità su dati Ministero della Salute) v. L. FOSSARI, *Le forbici di Renzi sulle Asl. Ecco quante sono oggi, Regione per Regione* (11 aprile 2015), in <http://www.quotidianosanita.it/>. Si tratta, in tutto, nel 2015 di 225 aziende sanitarie, tra Asl e Ao.

organizzativa, l'inutile duplicazione di competenze, dall'altro, portano alla creazione di macrostrutture che possono correre il rischio di essere lontane dal territorio. Di qui, in taluni casi, la necessità di correttivi: le Marche, ad esempio, hanno successivamente creato «aree vaste» su scala provinciale.

Analogo processo di razionalizzazione/riduzione ha riguardato l'offerta ospedaliera, sia delle aziende ospedaliere che dei presidi ospedalieri delle Asl. Ormai annosa è la questione della chiusura dei c.d. "piccoli ospedali", ritenuta corresponsabile dell'esistenza di «periferie povere di cure»⁵². Si noti che tali decisioni sono spesso la conseguenza dei c.d. Piani di rientro dai disavanzi regionali.

Le stesse scelte compiute dalle Asl nell'esercizio della propria autoregolamentazione, volte al riassetto ed alla trasformazione delle proprie strutture organizzative, possono pure portare ad accorpamenti e ad eventuali diminuzioni dei servizi⁵³.

Il sindacato di tali determinazioni pone non pochi problemi. In primo luogo, si segnalano quelli sul piano della giurisdizione, in quanto l'atto aziendale delle Asl è qualificato dalla normativa come atto di diritto privato, il che ha comportato oscillazioni nell'individuazione del giudice competente. A tale riguardo, pur essendosi pronunciata la Cassazione in favore della devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario⁵⁴, in alcuni casi il giudice amministrativo ha ritenuto sussistente la propria giurisdizione, distinguendo in ragione dei contenuti dell'atto⁵⁵. Il Consiglio di Stato, peraltro, si è allineato all'orientamento della Suprema Corte⁵⁶.

⁵² V., tra gli altri, G. BARBIERI, *Toscana. Rossi: "No a chiusura piccoli ospedali. Non voglio città in salute e periferie povere di cure"* (3 marzo 2015), in <http://quotidianosanita.it>.

⁵³ Giova ricordare che, ai sensi dell'art. 3, c. 1 *bis*, d.lgs. n. 502/1992, «L'atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica».

⁵⁴ V. Cass., sez. un., 4 luglio 2014, n. 15304, in <http://www.italgiure.giustizia.it>, secondo cui «l'individuazione con atto del direttore generale della struttura operativa dell'azienda sanitaria locale è atto di macro-organizzazione disciplinato dal diritto privato», ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 502/1992, «diversamente da quanto previsto per le amministrazioni pubbliche in genere, in coerenza con il suo carattere imprenditoriale, strumentale al raggiungimento del fine pubblico dell'azienda, con la conseguenza che la giurisdizione a conoscere di tali atti appartiene al giudice ordinario». In tale pronuncia si richiamano Cass., sez. un., 22 luglio 2013, n. 17783, *ivi*, e, in particolare, Cass., sez. un., ord. 30 gennaio 2008, n. 2031, in *Giust. civ.*, Mass. 2008, 1, 113, secondo cui «poiché i provvedimenti amministrativi non sono mai di diritto privato ma sono per definizione di diritto pubblico (e, di converso, un atto di diritto privato non è mai e non può essere un provvedimento amministrativo) ne consegue che la definizione legislativa di determinati atti come atti di diritto privato esclude la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine ad essi».

⁵⁵ V., ad esempio, Tar Abruzzo, sez. I, 22 giugno 2012, n. 439 in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, che, in un giudizio relativo alla soppressione di un ospedale, afferma la giurisdizione del giudice amministrativo sull'atto aziendale «visto che nella parte coinvolta in questo giudizio esso è atto di natura organizzativa, come tale espressione della relativa potestà dell'amministrazione e che quindi necessariamente incide su posizioni di interesse legittimo».

⁵⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1631 e 3 agosto 2015, n. 3815, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. In termini analoghi, con riferimento all'atto aziendale di un'azienda

Questioni emergono altresì, trattandosi di atto di organizzazione, in relazione alla dimostrazione dell'interesse a ricorrere.

Infine, sorgono problematiche sul piano dell'oggetto del sindacato: le pronunce del giudice amministrativo hanno spesso riconosciuto l'insindacabilità nel merito delle scelte organizzative compiute dalle aziende⁵⁷, ivi comprese quelle effettuate con gli atti aziendali, involgendo questioni di opportunità. D'altra parte, se l'atto aziendale è un atto di diritto privato, la cui cognizione dovrebbe spettare al giudice ordinario, come emerge dalla giurisprudenza della Cassazione e oggi anche del giudice amministrativo, non si può che convenire sul fatto che le scelte organizzative compiute nell'esercizio di poteri privatistici siano libere⁵⁸.

Si segnala peraltro giurisprudenza amministrativa su casi di soppressione o rimodulazione oraria degli uffici di Ente Poste s.p.a., avente natura privatistica, che, "recuperata" la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base dell'art. 133, comma 1, lettera c), cod. proc. amm., ha annullato i suddetti atti per insufficiente motivazione o difetto di istruttoria ovvero inadeguato bilanciamento degli interessi in gioco, vale a dire interesse economico, da un lato, e dell'utenza, dall'altro⁵⁹. Il recupero della giurisdizione del giudice amministrativo si è basato sia sulla nozione oggettiva di servizio pubblico sia, per analogia, sull'art. 1 del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, nella misura in cui l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva della cognizione di determinati profili inerenti alla stessa erogazione del servizio (ad esempio la violazione di *standard* qualitativi o degli obblighi contenuti nelle carte di servizi) e che investono diritti soggettivi

ospedaliero-universitaria, v. Cons. Stato, sez. III, 10 ottobre 2016, n. 4172, segnalata in *federalismi.it*, <http://www.federalismi.it>.

⁵⁷ V. Tar Campania, Napoli, sez. V, 11 maggio 2014, n. 8614, in *Foro amm. Tar*, 2014, n. 8614, pronunciandosi sulla decisione di un'Asl di accorpate il laboratorio facente parte di un SERT con quello di analisi del presidio ospedaliero, nel contesto di una generale riorganizzazione dei servizi di laboratorio volta, nelle intenzioni dell'azienda, a migliorarne l'efficienza: «Tale scelta, affidata al competente apprezzamento discrezionale dell'amministrazione, non è invero sindacabile nel merito innanzi al giudice amministrativo».

⁵⁸ Sul carattere libero delle scelte effettuate con l'atto aziendale v. F. GABOARDI, *La centralità dell'atto aziendale e il suo rapporto con le fonti pubblicistiche nel sistema sanitario*, cit., in partic. 4.

⁵⁹ Per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo v. l'ormai consolidato orientamento del Consiglio di Stato: Cons. Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4104, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; 10 giugno 2014, n. 2972, 2974, 2976, ivi; 6 giugno 2014, n. 2873, in *Foro amm.*, 2014, 1683 (s.m); 6 giugno 2014, n. 2881, 2885, 2887, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; 27 maggio 2014, n. 2720, in *Foro amm.*, 2014, 1430. Analogamente, in primo grado, v. Tar Lazio, sez. III *ter*, 26 luglio 2016, n. 8533; 6 giugno 2016, n. 6712 e 6714 in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 23 marzo 2016, n. 182 e 183; 22 marzo 2016, n. 156 e 157; 16 marzo 2016, n. 147, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 25 febbraio 2016, n. 244, in *Guida al diritto*, 2016, 12, 98 e n. 245 e 246, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 15 luglio 2016, n. 1196; 25 febbraio 2016, n. 337, ivi; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 29 settembre 2015, n. 2036, ivi.

degli utenti (cd. *class action* pubblica) non può, a maggior ragione, non attrarre nella giurisdizione amministrativa anche gli atti prodromici aventi natura organizzativa posti in essere dal concessionario del servizio. Secondo la giurisprudenza amministrativa, inoltre, tali fattispecie non sono riconducibili a un mero rapporto di utenza, dal momento che la condotta di Poste Italiane riverbera effetti di carattere generale su un'intera popolazione locale, violando obblighi di servizio universale, che, in base al diritto europeo, gravano sugli Stati.

Quest'ultima argomentazione si rivela di particolare interesse per le tematiche affrontate in questo scritto: il parallelo con gli obblighi di prestazione sanciti dai livelli essenziali, nell'ambito dell'universalità del SSN, sorge spontaneo. Si potrebbe riflettere sulla percorribilità di un analogo ragionamento con riferimento alle soppressioni e riduzioni di strutture e servizi nel settore della sanità e sul se si possa fondare negli stessi termini un sindacato più stringente sulle scelte organizzative relative a quest'ultimo.

7. *Segue: Il ruolo dei distretti sanitari e della medicina del territorio*

Il tema della distribuzione dei servizi sul territorio muove da una constatazione di fondo: la tutela della salute delle periferie non è tanto una questione di centri di eccellenza, quanto, soprattutto, un problema di servizi di assistenza primaria relativi ad attività sanitarie e socio-sanitarie; vengono pertanto in considerazione i distretti, articolazione territoriale necessaria delle Asl, aventi una dimensione minima di almeno 60.000 abitanti (art. 3 *quater*, c. 1, d.lgs. n. 502/1992)⁶⁰, che tali attività assicurano (art. 3 *quinquies*, d.lgs. n. 502/1992).

La garanzia della salute "anche" nelle periferie si correla dunque alle modalità di organizzazione e alle dinamiche di funzionamento che caratterizzano i distretti nello svolgimento delle proprie funzioni, alcune delle quali si rivelano centrali per tali aree. Si pensi all'individuazione degli obiettivi di salute della popolazione di riferimento e al conseguente conferimento delle relative risorse. I distretti, inoltre, si fanno carico dell'erogazione dei servizi di assistenza primaria, delle attività sanitarie a rilevanza sociale, di quelle connotate da specifica ed elevata integrazione e di quelle sociali di rilevanza sanitaria se delegate dai comuni. Hanno importanti funzioni di coordinamento, dovendo raccordare le proprie attività con quelle dei dipartimenti e dei servizi aziendali, inclusi i servizi ospedalieri, e di integrazione, quali

⁶⁰ Ex art. 3 *quater*, d.lgs. n. 502/1992 è però data la possibilità alle regioni di disporre diversamente, «in considerazione delle caratteristiche geomorfologiche del territorio o della bassa densità della popolazione residente».

l'integrazione territorio-ospedale, che riguarda anche le Aziende ospedaliere. L'integrazione, peraltro, è anche integrazione socio-sanitaria, che comporta collaborazione e sinergie con gli enti locali⁶¹.

Occorre inoltre ricordare che tutte le funzioni distrettuali trovano un momento di coagulo nell'atto di pianificazione del distretto, il Programma delle attività territoriali (Pat), «basato sul principio della intersectorialità degli interventi cui concorrono le diverse strutture operative», che ha appunto, tra gli altri, il compito di prevedere la localizzazione dei servizi (art. 3 *quater*, c. 3, d.lgs. n. 502/1992), localizzazione che rappresenta il “nodo” della questione delle periferie.

Le esperienze regionali in materia di organizzazione distrettuale sono variegate. Ciò che, al di là delle specifiche soluzioni, si tende a realizzare è il superamento della separatezza degli interventi sanitari e sociali, con l'obiettivo di costruire sistemi integrati di servizi sanitari, socio-sanitari e socio-assistenziali.

La l. reg. Lombardia 11 agosto 2015, n. 23, per esempio, contempla soluzioni innovative e sperimentali, come precisato dall'art. 1 *bis* della stessa legge, introdotto dalla l. 22 dicembre 2015, n. 41, che vanno proprio in tale direzione. Si pensi alla creazione delle Aziende sociosanitarie territoriali (ASST) (art. 7, l. reg. Lombardia 30 dicembre 2009, n. 33, come riformulato dall'art. 1, l. n. 23/2015), *tertium genus* rispetto alla tradizionale dicotomia Asl-Aziende ospedaliere, che, articolate in due settori aziendali rispettivamente definiti “polo ospedaliero” e “rete territoriale”, favoriscono l'integrazione delle funzioni sanitarie e socia-

⁶¹ Le richiamate funzioni dei distretti sono ricavate, oltre che dall'assetto normativo, dall'analisi di E. MENICETTI, *L'organizzazione aziendale: le aziende unità sanitarie locali, le aziende ospedaliere e le aziende ospedaliero-universitarie*, cit. 249 ss. L'autore, infatti, individua sostanzialmente cinque funzioni: «a) la “funzione di tutela”, che consiste nell'individuazione degli obiettivi di salute della popolazione di riferimento e nell'attribuzione di risorse volte al raggiungimento di tali obiettivi; b) la “funzione di committenza”, che si sostanzia nel governo della domanda valutando “quali servizi per quali bisogni” e nell'attivazione di risposte flessibili e integrate vicine alle esigenze dei cittadini (c.d. *presa in carico globale*); c) la “funzione di produzione” volta all'erogazione dei servizi di assistenza primaria relativi alle attività sanitarie e sociosanitarie e a elevata integrazione, all'erogazione di “cure intermedie” e alla garanzia di “dimissioni protette” (queste ultime intese come dimissioni seguite da un programma di assistenza concordato con il medico di famiglia e i servizi territoriali); d) la “funzione di coordinamento” delle proprie attività con quella dei dipartimenti e dei servizi aziendali, inclusi i servizi ospedalieri, inserendole organicamente nel Pat, così da rappresentare il punto di riferimento per tutti i cittadini del proprio ambito territoriale per l'accesso a tutti i servizi della Usl e, allo stesso tempo, costituire il polo unificante di tutti i servizi sanitari e socioassistenziali territoriali, a garanzia dell'unitarietà; e) la “funzione di integrazione”, che a sua volta si distingue in i) integrazione istituzionale (pubblico/pubblico); ii) integrazione con gli enti locali, mediante intesa sulle attività socio-sanitarie del Pat, concorso del Comitato dei sindaci alla verifica del raggiungimento degli obiettivi di salute, accordi di programma, convenzioni, ecc.; iii) integrazione gestionale, con l'obiettivo di gestire al meglio i fattori produttivi afferenti ai diversi centri di responsabilità; iv) integrazione professionale; v) integrazione sociosanitaria; vi) integrazione territorio-ospedale».

nitarie con le funzioni sociali di competenza delle autonomie locali. La logica è quella della presa in carico della persona e della capillarità degli interventi.

Rilevante dal punto di vista della tutela della salute nelle periferie è altresì la riorganizzazione della c.d. medicina del territorio, che pure è una funzione distrettuale, e che è al centro della c.d. riforma Balduzzi, operata dall'art. 1 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in l. dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, oltre che essere uno dei punti qualificanti del Patto della salute 2014-2016. L'idea di fondo potrebbe essere riassunta con lo slogan "Meno ospedalizzazione, più assistenza sul territorio", potenziando il ruolo dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta.

Nell'ottica di garantire attività assistenziale per l'intero arco della giornata e per tutti i giorni della settimana e di garantire un'offerta integrata delle prestazioni dei medici di medicina generale, dei pediatri di libera scelta, della guardia medica, della medicina dei servizi, degli specialisti ambulatoriali, sono state create due formule organizzative: le aggregazioni funzionali territoriali (AFT), monoprofessionali; le unità complesse di cure primarie (UCCP), multiprofessionali, che erogano prestazioni assistenziali tramite il coordinamento e l'integrazione dei professionisti delle cure primarie e del sociale a rilevanza sanitaria.

Ai fini della valutazione del livello di salute nelle periferie rileva come tali servizi vengono distribuiti sul territorio, assicurando una "copertura" uniforme su di esso.

Rientra infine nelle azioni volte a garantire l'assistenza sul territorio la firma di convenzioni/protocolli di intesa tra alcune Asl e *Emergency* allo scopo di dar vita ad ambulatori che operano gratuitamente nelle periferie. Generalmente vengono fornite cure di base, un servizio di pediatria, un ambulatorio infermieristico. In queste strutture sono spesso previsti mediatori culturali al fine di facilitare l'accesso di pazienti stranieri alle cure del SSN e di consentire la comunicazione con i medici. Attualmente *Emergency* opera, oltre che a Roma, a Marghera, Polistena, Castel Volturno, Napoli, Bologna e Milano. Nel 2006 ha aperto a Palermo un poliambulatorio per garantire assistenza gratuita ai migranti⁶².

8. *La rilevanza degli interventi socio-assistenziali ai fini della tutela della salute nelle periferie*

Si è visto che le periferie sociali sono luoghi caratterizzati da molteplici criticità e fragilità sociali: i problemi sul piano della salute ne sono spesso il portato o, comunque, si accompagnano ad esse. Non a caso i sociologi parlano di determinanti sociali della salute. I determinanti della salute sono gli elementi

⁶² Sulle attività di *Emergency* in Italia v. le informazioni riportate dal sito <http://www.emergency.it>.

che influenzano lo stato di salute di un individuo e – più estesamente – di una comunità o di una popolazione. Si tratta di comportamenti personali e stili di vita e di fattori sociali, in senso lato, che possono rivelarsi un vantaggio o uno svantaggio: condizioni di vita e di lavoro, condizioni socio-economiche, culturali e ambientali, ecc.

Si è già avuto modo di ricordare la definizione di salute data nell'atto costitutivo dell'OMS: «*uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solamente l'assenza di malattie o di infermità*». Si comprende quindi come la salute nelle periferie sia peggiore in quanto peggiore è lo stato del contesto socio-economico, culturale, ecc.

A questo proposito si possono fare alcuni ordini di osservazioni.

Anzitutto, mentre sul fronte dei livelli essenziali delle prestazioni nella sanità il nostro Paese ha raggiunto significativi risultati, malgrado le problematiche illustrate, non si può dire lo stesso per ciò che riguarda i livelli essenziali delle prestazioni nel sociale (c.d. Liveas), che non sono ancora stati definiti⁶³. Di qui la creazione di tanti distinti sistemi di *welfare*, anche e soprattutto in ragione delle risorse disponibili, non solo a livello regionale, ma addirittura municipale, con profonde diversità tra le varie aree del Paese: secondo il Rapporto annuale Istat 2016 i comuni delle varie regioni italiane spendono per interventi sociali da meno di 25 euro *pro capite* a più di 250⁶⁴. A queste si aggiungono le disuguaglianze all'interno delle stesse città, il che riporta al discorso delle periferie sociali.

Tra le maggiori problematiche che discendono dall'inattuazione dei Liveas vi è la mancata previsione in Italia del c.d. reddito garantito, anche se la misura è al centro del dibattito politico e il legislatore sta compiendo alcuni passi in tale direzione, come emerge dalla l. di stabilità 2016, ove è previsto un Piano nazionale per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale, un Fondo per il relativo finanziamento e il consolidamento della c.d. nuova *social card*, ridenominata SIA (Sostegno all'inclusione attiva)⁶⁵. Si tratta, in ogni caso, di

⁶³ Sui Liveas e sulla loro mancata definizione sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *I livelli essenziali di assistenza sociale*, in R. MORZENTI PELLEGRINI, V. MOLASCHI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2012, 107 ss.

⁶⁴ Il rapporto reca i dati relativi alla spesa per interventi e servizi sociali dei comuni singoli e associati per ente gestore nell'area "famiglia e minori", per regione e ripartizione geografica – Anno 2012: v. il cap. V, figura 5.18.

⁶⁵ La l. di stabilità 2016 (l. n. 208/2015) ha previsto un Piano nazionale per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale, avente cadenza triennale, e istituito un Fondo – il Fondo per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale – per la relativa attuazione. Al Fondo sono state assegnate le risorse di 600 milioni di euro per l'anno 2016 e di 1.000 milioni di euro a decorrere dall'anno 2017. La l. di bilancio 2017 appena approvata ha previsto che lo stanziamento sia incrementato di 150 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2017. La l. di stabilità 2016 ha avviato su tutto il territorio nazionale una misura di contrasto alla povertà, intesa come estensione, rafforzamento e

interventi ancora insufficienti, soprattutto per l'entità dei finanziamenti ad essi destinati.

È inoltre in discussione un disegno di legge per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà⁶⁶ che preveda sia una componente monetaria che un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa, da considerare livello essenziale delle prestazioni. Bisognerà vedere se tale strumento, ispirato peraltro a un principio di gradualità nell'individuazione dei beneficiari (dando la precedenza alle famiglie con figli minori), andrà in porto.

9. *Che cosa possono fare le città per le "periferie della salute"? Le competenze sanitarie dei comuni*

Nell'analisi non ci si può esimere dal formulare qualche riflessione su cosa possono fare le città – *rectius*: i comuni –, dal punto di vista della tutela della salute, per il proprio territorio e, specificamente, per le proprie periferie sociali.

I comuni hanno oggi limitate competenze sanitarie, se confrontate con quanto un tempo previsto dalla l. n. 833/1978, che attribuiva alle Usl, da intendersi come «complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane» (art. 10, c. 2, l. n. 833/1978), il compito di erogare le prestazioni di prevenzione, cura, riabilitazione e di medicina legale (art. 19, c. 1, l. n. 833/1978)⁶⁷. Le competenze di cui dispongono sono soprattutto l'effetto del d.lgs. n. 229/1999, noto come «riforma Bindi», in parziale ripensamento rispetto all'originaria formulazione del d.lgs. n. 502/1992, che aveva invece determinato una sostanziale «uscita» dei Comuni dalla sanità, privandoli delle precedenti funzioni gestionali. L'art. 3, c. 14, d.lgs. n. 502/1992 aveva infatti lasciato al sindaco (o alla Conferenza dei sindaci, in caso di ambito territoriale dell'Asl non coincidente con quello del comune) prerogative differenti: il potere di rappresentare gli interessi della popolazione

consolidamento della sperimentazione riguardante la c.d. nuova *social card*, introdotta dal Governo Monti, ridenominata SIA (Sostegno inclusione attiva), garantendo in via prioritaria interventi per nuclei familiari in modo proporzionale al numero di figli minori o disabili e tenendo conto della presenza, all'interno del nucleo familiare, di donne in stato di gravidanza accertata. Si tratta quindi di una misura non universale. Inoltre nel 2016 al programma sono stati destinati 380 milioni di euro, una cifra assolutamente insufficiente.

⁶⁶ Si tratta della «Delega recante norme relative al contrasto della povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali (collegato alla l. di stabilità 2016)»: AC n. 3594, approvato e trasmesso all'altro ramo del Parlamento, AS n. 2494.

⁶⁷ Sulle funzioni del comune in materia sanitaria nell'assetto delle competenze delineato dalla l. istitutiva del SSN v. M. DI FOLCO, *Le funzioni amministrative*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, cit., 148 ss.

locale nell'ambito della programmazione aziendale, di esaminare i bilanci delle aziende e di formulare proposte alla regione⁶⁸.

Il d.lgs. n. 229/1999 ha avviato un processo volto restituire alla dimensione comunale una maggiore importanza in campo sanitario, in linea, tra l'altro, con il principio di sussidiarietà verticale poi costituzionalizzato dalla riforma del Titolo V della Costituzione. Si tratta, comunque, di funzioni non paragonabili a quelle previste dalla l. n. 833/1978, in quanto i comuni non hanno recuperato responsabilità gestionali dirette.

Oltre alle funzioni già previste dall'originaria formulazione del d.lgs. n. 502/1992, che si sono appena ricordate, ne sono annoverabili di nuove, che si esplicano soprattutto sul piano della programmazione sanitaria.

In aggiunta alla partecipazione alla programmazione nazionale e regionale⁶⁹, significativa, per quanto qui rileva, è la partecipazione comunale all'elaborazione dei piani attuativi locali, ossia agli strumenti di pianificazione delle Asl e delle Ao, che riguardano le attività sia sanitarie che socio-sanitarie, secondo quanto disposto dalle leggi regionali, che disciplinano le forme di tale coinvolgimento (art. 2, c. 2 *quinquies*, d.lgs. n. 502/1992). Il livello di pianificazione aziendale può costituire un importante momento di emersione delle esigenze delle periferie.

La normativa, inoltre, prevede l'intervento dei comuni nell'elaborazione del programma delle attività territoriali (Pat), che rappresenta l'atto di pianificazione dei distretti, i quali hanno la funzione di garantire i servizi di assistenza primaria relativi alle attività sanitarie e socio-sanitarie. Tale strumento stabilisce la localizzazione dei servizi, previsione di fondamentale importanza al fine di garantirne una distribuzione conforme alle esigenze del territorio e quindi delle stesse periferie. Dal punto di vista dei soggetti coinvolti, giova ricordare che il Pat è proposto dal direttore di distretto, previo parere del Comitato dei sindaci di distretto ed è approvato dal direttore generale dell'Asl, d'intesa, limitatamente alle attività socio-sanitarie, con il Comitato medesimo (art. 3 *quater*, c. 3, d.lgs. n.

⁶⁸ Tra le competenze del comune sopravvissute a seguito della riduzione di funzioni operata dal d.lgs. n. 502/1992 si può ricordare, benché non attinente all'argomento di indagine, quella in materia di c.d. Tso: artt. 33 ss., l. n. 833/1978.

⁶⁹ A seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 229/1999 il Piano sanitario nazionale, che peraltro ha perso l'importanza che aveva un tempo, deve essere adottato d'intesa non più con la Conferenza Stato-regioni, bensì con quella unificata (art. 1, c. 5, d.lgs. n. 502/1992). I Piani sanitari regionali, a loro volta, sono approvati previo esame delle osservazioni della Conferenza permanente per la programmazione sanitaria e socio-sanitaria o Conferenza regionale permanente (art. 2, c. 2 *ter*, d.lgs. n. 502/1992). Fanno comunque parte di tale conferenza: il sindaco del comune nel caso in cui l'ambito territoriale dell'Azienda unità sanitaria locale coincida con quella del comune; il presidente della Conferenza dei sindaci, ovvero il sindaco o i presidenti di circoscrizione nei casi in cui l'ambito territoriale dell'unità sanitaria locale sia rispettivamente superiore o inferiore al territorio del comune; rappresentanti delle associazioni regionali delle autonomie locali (art. 2, c. 2 *bis*, d.lgs. n. 502/1992).

502/1992)⁷⁰. Si osservi che nei comuni la cui ampiezza territoriale coincide con quella dell'unità sanitaria locale o la supera il Comitato dei sindaci di distretto è sostituito dal Comitato dei presidenti di circoscrizione (art. 3 *quater*, c. 4, d.lgs. n. 502/1992)⁷¹.

Ulteriori poteri partecipativi dei comuni riguardano i procedimenti valutativi dei direttori generali (art. 3 *bis*, c. 6, d.lgs. n. 502/1992), ivi compresa la decisione di risoluzione del contratto del direttore generale, la cui revoca può essere richiesta dal sindaco o dalla Conferenza dei sindaci o, nel caso delle Ao, dalla Conferenza regionale permanente, nel caso di manifesta inattuazione del Pal (art. 3 *bis*, c. 7, d.lgs. n. 502/1992).

Su un piano diverso da quello della partecipazione, occorre ricordare la possibilità per i comuni di garantire livelli aggiuntivi di assistenza: si noti che gli enti locali possono assicurarne il finanziamento, ma l'erogazione delle prestazioni spetta pur sempre ad Asl e Ao (art. 2, comma 1, lett. l), l. n. 419/1998; art. 2, c. 2 *sexies*, lett. h), d.lgs. n. 502/1992). Si tratta, peraltro, di una possibilità che incontra non poche difficoltà sul piano dell'attuazione, vista la condizione di penuria di risorse in cui versano le casse comunali.

I comuni, inoltre, come si è avuto modo di accennare, rivestono un ruolo determinante in ambito socio-sanitario: ad essi spetta, ad esempio, l'erogazione delle prestazioni sociali a rilevanza sanitaria (art. 3 *septies*, d.lgs. 502/1992).

Rappresenta infine un potere *extra ordinem* quello di emanare ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica ai sensi dell'art. 117, d.lgs. n. 112/1998.

10. *Spunti conclusivi. Valorizzazione del ruolo delle città nella tutela della salute e intersettorialità*

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti ha mostrato come il tema della tutela della salute nelle periferie riguardi i rapporti tra sanità e territorio, rapporti in cui pure può ravvisarsi la dimensione di «interesse della collettività», sociale, del diritto alla salute, secondo il dettato dell'art. 32 Cost.

In questo contesto si è cercato di individuare quali tra gli strumenti dell'«ordinamento della sanità»⁷² possano essere valorizzati al fine di migliorare il livello di

⁷⁰ Il Comitato dei sindaci di distretto, la cui organizzazione e il cui funzionamento sono disciplinati dalla regione, concorre inoltre alla verifica del raggiungimento dei risultati di salute definiti dal Programma delle attività territoriali (art. 3 *quater*, c. 4, d.lgs. n. 502/1992).

⁷¹ Il riferimento è alle circoscrizioni di decentramento comunale di cui all'art. 17, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, da intendersi quali «organismi di partecipazione, di consultazione e di gestione di servizi di base, nonché di esercizio delle funzioni delegate dal Comune».

⁷² Si riprende qui l'espressione usata nel titolo dell'opera di R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, cit.

protezione della salute in tali aree disagiate: si è così accennato alle funzioni dei distretti e al ruolo giocato dalla medicina del territorio, alla centralità dell'integrazione sociosanitaria e alla necessità di operare anche sul fronte del sociale.

Ci si è altresì interrogati anche su cosa possano fare gli stessi comuni per le proprie periferie dal punto di vista sanitario, accennando all'evoluzione delle funzioni ad essi assegnate nelle varie stagioni del SSN ed operando una ricognizione delle leve di intervento che oggi la normativa mette a disposizione degli enti locali.

Al riguardo non si può non concordare con chi ha osservato che, pur avendo l'assetto della l. n. 833/1978 dato luogo a innegabili problematiche, la centralità assegnata al comune da tale legge rispondeva proprio all'esigenza di dare tutela al diritto alla salute come interesse della comunità, collocando così il baricentro della gestione della sanità presso il livello istituzionale più vicino a quest'ultima, anticipando, in un certo qual modo, il principio di sussidiarietà verticale⁷³. La protezione della salute faceva in sostanza parte delle competenze comunali concernenti i servizi essenziali per la popolazione locale.

L'evoluzione successiva ha evidenziato come il livello comunale non sia il più adeguato per il governo e la gestione di un settore come quello sanitario, ma non si può negare che l'estromissione dei comuni avvenuta in seguito alla riforma del 1992 abbia inciso non poco sui rapporti della sanità con il territorio. Da questo punto di vista, non si può non valutare positivamente la scelta del d.lgs. n. 229/1999 di rafforzare le funzioni del comune in materia sanitaria e socio-sanitaria, prevedendone, in particolare, la partecipazione a numerosi procedimenti decisionali, in ossequio, tra l'altro, anche al principio di leale collaborazione.

L'auspicio è quindi che la possibilità per i comuni di rappresentare le esigenze di salute delle popolazioni locali presso i livelli istituzionali cui spettano compiti di governo della sanità si traduca in un'occasione per far sentire anche la voce delle periferie.

Per completare il quadro delle possibilità di intervento degli enti locali a favore della tutela della salute nelle proprie periferie può essere di interesse fare un cenno ad ulteriori prospettive, che muovono dalla considerazione del nesso tra bisogno di salute e altre esigenze sociali e quindi dalla necessità di intrecciare le relative politiche, in un'ottica intersettoriale, ponendo in essere sinergie.

Il potenziamento del ruolo che le città possono svolgere a garanzia del diritto alla salute è uno degli obiettivi dell'OMS. Il quadro di riferimento è rappresentato dalla Carta di Ottawa (1986), a sua volta ispirata ai principi della Dichiarazione di Alma Ata (1978), che rappresenta il primo riconoscimento formale dell'importanza dell'azione intersettoriale per la salute, bene su cui incide il contesto sociale, economico e politico. La Carta, nel ridefinire alla stregua di tale

⁷³ Per queste riflessioni v. M. DI FOLCO, *Le funzioni amministrative*, cit., 150.

impostazione il concetto di salute, non più vista, quindi, come una responsabilità esclusiva del settore sanitario, ha sottolineato il suo stretto legame con le città.

L'idea di fondo è che «le nostre società sono complesse e interdipendenti e non è possibile separare la salute dagli altri obiettivi» e quindi dalle altre politiche. Si è già avuto modo di mettere in luce il nesso tra salute e assistenza sociale. La Carta di Ottawa va oltre: nel promuovere un approccio socio-ecologico alla salute, sottolinea il ruolo dell'ambiente, della produzione di energia, dell'urbanizzazione, dei trasporti, oltre che dei modelli di vita⁷⁴, di lavoro e del tempo libero e dell'educazione (ivi compresa quella alla salute), ecc. Non a caso nella Carta si parla di «olismo» come questione essenziale nello sviluppo delle strategie per la promozione della salute⁷⁵.

La crescente rilevanza dei c.d. “*non health sectors*” nella tutela della salute è sfociata nell'elaborazione della strategia “*Health in All Policies*” (HiAP), che è entrata nell'orizzonte dell'Unione Europea durante la presidenza finlandese del 2006⁷⁶.

Come precisato dall'OMS, «*Health in All Policies (HiAP) is an approach to public policies across sectors that systematically takes into account the health and health systems implications of decisions, seeks synergies, and avoids harmful health impacts, in order to improve population health and health equity. A HiAP approach is founded on health-related rights and obligations. It emphasizes the consequences of public policies on health determinants, and aims to improve the accountability of policy-makers for health impacts at all levels of policy-making*»⁷⁷.

Tale approccio può essere paragonato al principio di integrazione che caratterizza le politiche europee in materia di tutela dell'ambiente (art. 11 TFUE e art. 37 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea)⁷⁸.

⁷⁴ La rilevanza degli stili di vita era già stata oggetto di specifica attenzione da parte del programma OMS «Guadagnare Salute», recepito quasi immediatamente dal nostro Paese: v. il Documento programmatico «Guadagnare Salute. Rendere facili le scelte salutari», approvato con il d.p.c.m. 4 maggio 2007, previo parere della Conferenza Unificata.

⁷⁵ Nella Carta si afferma infatti che «assistenza, olismo ed ecologia sono questioni essenziali nello sviluppo delle strategie per la promozione della salute».

⁷⁶ In tema v. K. LEPPÖ, E. OLLILA, S. PEÑA, M. WISMAR, S. COOK (a cura di), *Health in all policies. Seizing opportunities, implementing policies*, Ministry of Social Affairs and Health, Finland, 2013, in <http://euro.who.int>; D. V. McQUEEN, M. WISMAR, V. LIN, C. M. JONES, M. DAVIES (a cura di), *Intersectoral Governance for Health in All Policies. Structures, actions and experiences*, WHO 2012, on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies, in <http://euro.who.int>.

⁷⁷ Per questa nozione, ricavata dalla *WHO Working Definition* preparata per l'8ª *Global Conference on Health Promotion*, Helsinki, 10-14 giugno 2013, v. E. OLLILA, F. BAUM, S. PEÑA, *Introduction to Health in All Policies and the analytical framework of the book*, in K. LEPPÖ, E. OLLILA, S. PEÑA, M. WISMAR, S. COOK (a cura di), *Health in all policies. Seizing opportunities, implementing policies*, cit., 6.

⁷⁸ In base a tale principio, così come definito dall'art. 11 TFUE, «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». In termini analoghi, secondo l'art. 37 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea, «un

Tra le tappe che ne hanno segnato l'affermazione ve n'è anche una italiana: il Ministero della Salute ha infatti ospitato a Roma una conferenza intergovernativa congiunta UE-OMS dedicata proprio a questo tema: «*Health in All Policies: achievements and challenges*» (2007), in cui si è proposto di considerare la garanzia della salute quale criterio di valutazione e sviluppo delle politiche pubbliche⁷⁹.

L'impostazione in esame è divenuta strumento di attuazione degli obiettivi prioritari della strategia «*Health 2020: the European policy for health and well-being*», approvata nel 2012 dal Comitato Regionale per l'Europa dell'OMS, finalizzata a promuovere la salute della popolazione generale e a contrastare le disuguaglianze sociali nella salute.

Ed è proprio in quest'ottica intersettoriale che *Health 2020* riconosce e cerca di stimolare l'apporto delle autorità locali, ritenuto fondamentale per il perseguimento delle finalità di tutela della salute, anche attraverso approcci partecipati a livello di governo e di società. L'*Health in All Policies* vede quindi anche i comuni, che pure hanno limitate competenze sanitarie, protagonisti nella protezione della salute: questa diventa infatti una finalità sottesa ai *non health sectors* in cui tali autorità godono di competenze proprie, come quelle urbanistiche (vengono anche in considerazione le politiche di riqualificazione urbana), ambientali⁸⁰, dei trasporti pubblici locali, ecc.

Si tratta quindi di un approccio che potrebbe avere conseguenze positive anche sulla salute nelle periferie, su cui le autorità locali posso intervenire attraverso politiche e azioni non strettamente sanitarie, ma che sulla salute impattano.

Più nel dettaglio, in attuazione di questi nuovi orientamenti nella promozione della salute, l'OMS, che lavora direttamente con i governi locali tramite il suo Centro per la Salute Urbana, ha promosso il «*WHO Healthy Cities project*», che vede l'impegno delle città che vi aderiscono a lavorare sull'equità, sui determinanti sociali della salute e, appunto, sulla promozione della salute in tutte le politiche.

Il movimento delle Città Sane è presente in tutti i continenti: è stato creato

livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile». Sul principio di integrazione v., *ex multis*, O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione Europea in materia ambientale*, in R. FERRARA, C. E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. FERRARA, M. A. SANDULLI, vol. I, Milano, 2014, in partic. 164 ss.; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 62 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 467 ss.; L. KRÄMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002, in partic. 89 ss.; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, in partic. 522 ss.

⁷⁹ V. la *Health Ministerial Delegation EU Member States, Declaration on "Health in All Policies"*, Roma, 18 Dicembre 2007.

⁸⁰ Basti anche solo pensare, a titolo di esempio, all'effetto positivo, in termini di salute, del Patto dei Sindaci per il Clima e l'Energia, nato come movimento dal basso nel 2008, con il supporto della Commissione Europea e simbolicamente approvato durante una cerimonia presso il Parlamento europeo nel 2015.

un «*WHO European Healthy Cities Network*» e la rete è divenuta ora il punto di riferimento strategico a livello locale per l'implementazione della strategia *Health 2020*.

Nell'ambito di tale progetto si è dato vita anche ad un *network* a livello nazionale: la «Rete Italiana Città Sane OMS»⁸¹, nata nel 1995 come movimento di comuni, divenuta nel 2001 associazione senza scopo di lucro. La Rete ha stipulato con il Ministro della salute un Protocollo di intesa (11 giugno 2015), di durata triennale, che, nei limiti delle competenze dei soggetti coinvolti, è rivolto a sviluppare modalità di collaborazione al fine di attivare politiche e strategie in favore della salute. Si tratta di un “contenitore” dai lineamenti piuttosto indeterminati. Occorrerà vedere se gli obiettivi in esso previsti si tradurranno in interventi concreti ed efficaci.

Il Progetto Città Sane avrebbe le potenzialità per incentivare politiche e misure di tutela della salute nelle periferie sociali, ma, a conti fatti, l'impressione che si ricava dalla lettura dei documenti è che tale finalità rischi di rimanere più un'aspirazione che un'azione in grado di incidere fattivamente sulla situazione. Riemerge il problema già più volte sottolineato in questo scritto: la carenza di fondi e risorse economiche, che rischia di depotenziare l'operazione, anche culturale, svolta dalla Rete⁸².

⁸¹ Maggiori informazioni posso rinvenirsi sul sito <http://www.retecittasane.it/>.

⁸² Al riguardo può essere di interesse scorrere la documentazione relativa alle attività svolte dalla Rete, che, tra le proprie azioni, include la diffusione di idee, progetti, buone pratiche. A tale scopo ogni anno vengono assegnati dei premi, effettuando una valutazione comparativa dei progetti “in gara” presentati. Si tratta di progetti di vario tipo, che non riguardano specificamente le periferie, ma che intercettano sicuramente le periferie sociali secondo l'accezione data. L'Oscar della Salute 2016, per esempio, anno che ha visto la partecipazione di 42 progetti, è stato vinto dal comune di Torino, con il progetto “ETD – *Enjoy The Difference*”, finalizzato a promuovere esperienze di *co-housing* di giovani, disabili e non, completamente autogestite. Il progetto è stato premiato con 2000 euro. Si segnalano poi alcuni progetti che hanno ricevuto delle menzioni speciali. Si tratta di progetti rivolti ad offrire opportunità di cura, non solo medica, ma della persona, alle pazienti oncologiche (Ancona), all'inclusione di soggetti ipovedenti grazie al ballo del Tango (Avigliana), alla creazione di un orto urbano in un'area del centro cittadino a rischio di diventare un “vuoto urbano” (Genova), alla prevenzione amica delle donne migranti (Milano). Gli esempi, tra l'altro, dimostrano come la salute sia una questione che inerisce a tutte le dimensioni di vita di una comunità. I premi consistevano in 250 euro. Tali somme sono irrisorie, mentre sarebbe auspicabile che i premi corrispondano a importi maggiori, anche nell'ottica di consolidare le esperienze ritenute meritevoli negli anni successivi.

AbstractHealth Protection on the Periphery:
Problems and Intervention Perspectives

by Viviana Molaschi

The paper tackles the issue of health protection in peripheries. First, it clarifies the notion of periphery, which no longer has only a spatial dimension as a suburb, and introduces the concept of social peripheries, defined as “extensive” and “widespread” by F. Martinelli, which is the context of this research. Then, after analysing the Constitutional and legal framework of health guarantees, it investigates the health situation in peripheries, looking into the reasons why it is worse there and why there are more criticalities and health protection gaps. The study focuses on the following: the effect of financial conditioning factors and the consequences of the economic crisis and of the related service cuts; the issue of the territorial distribution of health and social-health services; the importance of social policies (and of other policies) in guaranteeing the right to health; the role of municipalities in health protection. The analysis aims at identifying instruments that can contribute to improving the health situation of people residing in peripheries. It considers international and European trends that highlight what municipalities can do in order to grant health protection within the *Health in All Policies* strategy, which has fostered the creation of *Healthy Cities Networks*.

Access to public records and proactive disclosure of information in Italy: an overview*

by Paola Savona

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Transparency and access to public documents under Law No. 241/1990. – 2.1. Origin of the right of access. – 2.2. Beneficiaries of access to public documents. – 2.3. Object and scope of access. – 2.4. Request for access. – 2.5. Exercise of the right of access to public documents. – 2.6. Exclusions and restrictions to the right of access. – 2.7. Right of access and personal data protection. – 2.8. Legal remedies against the refusal of access. – 3. Proactive disclosure of data and freedom of information. – 3.1. The “Italian way” towards administrative transparency: the dissemination of data via websites. – 3.2. The last step: the Italian FOIA. – 3.3. The problematic coexistence of different rights of access. – 3.4. Publication requirements. – 3.5. Proactive disclosure of information and personal data protection. – 4. Conclusion.

1. *Introduction*

The idea that government action should be transparent and open to public scrutiny has been affirmed in Italy since a long time. Already in 1908, an eminent member of the Parliament, Filippo Turati, suggested that, “unless a superior public interest requires a momentary secret, the house of public administration should be made of glass”¹. However, it took almost 100 years for transparency to be laid down in a statutory provision as a principle governing administrative action, and more than one century before the right of access to public documents was finally recognised to the citizen as such.

Until the end of last century administrative secrecy was the rule in Italy. The rule was reversed only by Law No. 241 of 11 August 1990, *New rules concerning administrative procedure and the right to access public documents*, which, for the first time, granted anybody the right to access public records, provided that he or she had an interest thereof.

In 2005 transparency was included between the general principles of administrative action laid down in article 1 of Law No. 241/1990, but access was further restricted since it was expressly stated that “requests of access made with the aim of generally monitoring the work of public authorities shall not be

* A previous version of this paper was presented at the *Annual Conference of the European Group for Public Administration (EGPA)*, held in Utrecht from 24 to 26 August 2016.

¹F. TURATI, in *Atti del Parlamento Italiano, Camera dei Deputati*, section 1904-1908, 17 June 1908, 22962, quoted from E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2005, 578.

admissible” (article 24, par. 3). In the same year, the so-called Code of Digital Administration was enacted, which, for the first time, required public authorities to publish a set of information on their official websites. From then on, the legislator started to follow what has been called the “Italian way to administrative transparency”: the dissemination of public information on Web.

This model of transparency, based on mandatory disclosure of information through official websites, was further implemented by Legislative Decree No. 33 of 14 March 2013, *Reorganization of the rules concerning duties of publicity, transparency and dissemination of information by public administration*, which defined transparency as “full accessibility” of information related to public administration, aimed at fostering “disseminated forms of control upon the fulfilment of institutional functions and the use of public funds.” The Decree increased the number of information, data, and documents subject to mandatory publication. However, it did not introduce a general right to access information, but a more limited right to know data, documents and information, that public administration has the duty to disclose (so-called *civic access*).

Access remained restricted to interested parties until Legislative Decree No. 97 of 25 May 2016 was enacted, which finally granted anybody, with no need to state the reasons of the request, the right to access data and documents held by public authorities. The right was guaranteed not only to foster public control “upon the fulfilment of institutional functions and the use of public funds”, but also “to promote participation to public debate” (article 5, par. 2, of Legislative Decree No. 13/2013, as amended by Legislative Decree No. 97/2016).

The paper analyses the rules on access provided by Law No. 241/1990 (not repealed by Legislative Decree No. 97/2016), and the interpretation given to them by case law. It then presents the norms related to freedom of information laid down in Legislative Decree No. 13/2013, as amended by the recent reform. It concludes that, notwithstanding the salutary introduction of a general right of access, the norms on transparency still need to be improved in order to clarify the statutory framework and to find a better balance between public interest in disclosure of information and personal data protection.

2. *Transparency and access to public documents under Law No. 241/1990*

2.1. *Origin of the right of access*

Until the end of the last century there was no general statutory provision granting citizens the right to access public records. A limited right of access

was recognized only by sectorial legislation². Furthermore, civil servants were bound to official secret and were not allowed to release information related to administrative acts or operations “whenever the information could damage public administration or third parties”³.

The first act, which laid down the right to access public records as a general rule was Law no 241 of 11 August 1990, *New rules concerning administrative procedure and the right to access public documents*.

The first Italian general administrative procedure act, fruit of the work carried out by a commission of academics⁴, introduced the principles of participation and transparency. For the first time it granted the parties, whose interests might be affected by an administrative decision, the right to access the files related to the proceeding and the right to present pleadings and documents (article 10, par. 1, let. a) and b).

Beside guaranteeing the interested parties the right to see the files within the administrative procedure, Law No. 241/1990 dedicated the entire Chapter V to a wider right to access public documents.

The draft provisions of the Act relating to access followed the model of the Freedom of Information Act (FOIA) enacted in United States in 1966. Accordingly, the right to access public documents should have been granted to anybody, with no obligation to state the grounds of the request. However, the Italian Parliament believed that public administration, not yet fully computerized, was not ready at that time to respond to the large amount of applications that a general right of access would have brought about and chose to limit the beneficiaries of the right⁵. Thus, it changed the text of the original proposal and granted the right to access administrative documents not to the citizen as such, but to “*anyone who has an interest therein for the protection of legally relevant positions*” (article 22, par. 1 of Law No. 241/1990). It also required the applicant to give reasons for the request (article 25, par. 2).

According to most scholars, the Law on administrative procedure had finally shifted the rule from secrecy to transparency.⁶ However, although the Act recognized the right of access “in order to ensure transparency in administrative

² See D.U. GALETTA, *Transparency and Access to Public Sector Information in Italy: a Proper Revolution?*, in *IJPL*, n. 2, 2014, 216.

³ Art. 15 of the *Consolidated Law on Civil Servants*, enacted by Presidential Decree no.3 of 10 January 1957.

⁴ The commission was chaired by Professor Mario Nigro, who was at that time one of the most important administrative law scholars. On the elaboration of Italian Administrative Procedure Act see G. PASTORI, *The Origins of Law No. 241/1990 and Foreign Models*, in *IJPL*, n. 2, 2010, 259 ff.

⁵ On the reasons which led the Parliament to change the draft proposal see E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa*, cit.

⁶ See, for instance, G. CORSO, *Administrative Procedure: twenty years on*, in *IJPL*, n. 2, 2010, 278.

action” (article 22, par. 1), the need to show an interest in the information concerned, introduced by the legislator as a filter to limit the number of requests, maintained public administration under a veil of opacity, in fact preventing a democratic control on its action. The right of access was conceived as an instrument, granted to interested parties in order to defend their subjective rights and interests⁷.

As it has been noted, between the “legally relevant positions” required by article 22 as a condition to exercise the right of access, also political rights and the freedom of expression (guaranteed by article 21 of Italian Constitution) might have been included: their protection could legitimate the access to public records aimed at exercising a democratic control on public administration⁸. Indeed, in some rulings, the Council of State seemed to follow this line, recognising, for instance, the right to access public documents to a newspaper, “since the right of access is instrumental to the freedom of information, granted to the press by the Constitution”⁹. However, a narrow interpretation of article 22 prevailed in case law, requiring the applicant to demonstrate a *personal, concrete and actual interest* to the requested documents, mainly related to the interest to bring a lawsuit.¹⁰ Later on, the Council of State ruled that “the right to access public documents cannot lead to a widespread and indiscriminate control over the work of public administration, a control which, as such, is not included between the goals of the norm.”¹¹

Also the object of the right was limited: only documents were accessible, information was not. Furthermore, several exemptions were provided in article 24 of Law No. 241/1990, which excluded access to some documents (documents which had a State secrets *status*, preparatory acts relating to rule-making and planning procedures), and empowered the Government to enact a regulation providing other cases of exclusion to safeguard public interests (national security, national defence, international relationships, monetary and currency police, public order and prevention and prosecution of criminal offences), as well as “the privacy of natural or juridical persons”. As far as privacy of third parties was concerned, it was stated that documents had to be released if the knowledge of them was necessary for asserting or defending legal claims (article 24, par. 2, let. d).

⁷ See critically G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, 2016, 5953.

⁸ See A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso?*, in *Dir. amm.*, 1995, 321; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, 292.

⁹ Cons. St., IV, 6 May 1996, no. 570. See also Cons. St., IV, 20 May 1996, no. 665.

¹⁰ See Cons. St., IV, 10 June 1996, no. 1024; VI, 7 December 1993, no. 966.

¹¹ Cons. St., V, no. 3798/2002. See also Cons. St., VI, 23 November 2002, No. 5930; IV, 6 October 2002, no. 5818; IV, 15 November 2004, no. 7412.

Law No. 241/1990 guaranteed the applicant the right to judicial review against the refusal of access, express or tacit, and regulated a special chamber Court proceedings (article 25, par. 5). A new *Commission for the access to administrative documents*, composed by members of the Parliament, officials and law professors, had the task to monitor “the implementation of the principle of full transparency of public administration’s activity within the limits provided by law” (article 27, par. 5).

2.2. *Beneficiaries of access to public documents*

The provisions laid down in Chapter V of the of the Law on administrative procedure were almost entirely re-written by Law No. 15 of 11 February 2005, amending the 1990’s statute.

Law No. 15/2005 included transparency between the general principles governing administrative action, laid down in article 1 of Law No. 241. However, although the time had changed from 1990, as well as the technologies available to public administration, it did not provide free access to public information, as many had advocated, but instead limited it to the “interested parties” (article 22 of Law No. 241/1990, as amended by Law No. 15/2005). Furthermore, the legislator, following the restricted interpretation prevailing in case law, expressly provided that “requests of access made with the aim of generally monitoring the work of public authorities shall not be admissible” (article 24, par. 3 of Law No. 241/1990, as amended by Law No. 15/2005).

Under article 22, par. 1, let. b) of the current version of the Law on administrative procedure, “interested parties” are “private parties, including stakeholders representing public or widespread interests, who have a direct, concrete, and actual interest corresponding to a legally protected situation that is linked to the document to which access is requested”. According to case law, the interest required to support the request of access has to be “legally relevant, serious, real, not emulative, not related to a mere curiosity”.¹² It may be “any relevant individual position, provided that it is not the generic and indistinct interest of every citizen to a good administration.”¹³

As it has been stated in several recent rulings, the right of access is instrumental to the protection of the interest of the person who makes the request¹⁴, but not necessary instrumental to his or her right to bring a case before a Court.¹⁵ Access has to be granted if the applicant gives evidence that

¹² Cons. St., V, 12 May 2016, no. 1876.

¹³ Cons. St., VI, 12 March 2012, no. 1403; IV, 6 August 2014, no. 4209.

¹⁴ Cons. St., Ad Pl., 18 April 2006, no. 6.

¹⁵ Cons. St., III, 16 May 2016, no. 1978. See also Cons. St., V, 15 March 2016, no. 1026; VI, no. 696/2016; 18 March 2016, no. 3364.

the requested acts “actually have, or might have, direct or indirect effects on his position.”¹⁶

Although the notion of legally relevant interest is broader than the interest to bring an action before the Court, it “does not allow anybody to access administrative acts”, since the right of access “is not an *actio popularis* aimed at permitting a widespread control upon administrative action.”¹⁷ This principle, now expressly stated in article 24, par. 3 of Law No. 241/1990, has further reduced the number of beneficiaries. For instance, a Court has recently denied a journalist the right to access acts concerning the investment of Government on derivatives market, since granting a member of the press the right to access documents related to a journalistic inquiry would have meant “introducing in our legal system an inadmissible *actio popularis* over transparency in administrative action, not provided by the norms on access.”¹⁸

The limits to the right of access laid down in the abovementioned provisions apply also to “stakeholders representing public or widespread interests”, including NGOs and trade unions. Therefore, consumer organisations do not have, according to case law, “a generalised right to know all documents concerning the activity of public service providers, but a more limited right to know acts relating to the service provided to consumers, which affect consumers interests in a direct and actual way, not in a merely indirect and hypothetical way”¹⁹. In other words, also consumer organisations must show an interest direct and concrete, linked to the requested information, since they do not have “a general power of monitoring a body which provides a public service”. On these grounds, the Council of State has recently deemed the refusal of *Expo 2015 Spa* to disclose to *Codacons* acts related to tender procedures for the selection of partners and sponsors to be legitimate. This kind of activity, according to the Court, does not have any effect, neither direct, nor indirect, on consumers²⁰.

In order to access public documents, all NGOs thus need to give evidence that the acts adopted by public authorities or public service providers directly affect the interest they represent, with the exception of environmental organisations. To environmental organisations applies Legislative Decree 19 August 2005 No. 195 on *Implementation of Directive 2003/4/EC on public access to environmental information*, which guarantees the right to access environmental information to

¹⁶ Cons. St., III, 16 May 2016, no. 1978; TAR Lazio, Rome, 3 March 2016, no. 2815; Cons. St., V, 30 August 2013, No. 4321; V, 30 November 2009, no. 7486; .

¹⁷ TAR Lazio, Rome, 3 March 2016, no. 2815. Between many rulings which state that the right of access is not an *actio popularis* see Cons. St., Ad. Pl., 24 March 2012, no. 7.

¹⁸ TAR Lazio, Rome, 24 November 2015, no. 13250.

¹⁹ Cons. St., IV, 6 October 2015, no. 4644. See also Cons. St., Ad. Pl., 24 March 2012, no. 7; VI, 21 January 2013, no. 314; TAR Lazio, Rome, 28 August 2013, no. 7991; TAR Calabria, 10 June, no. 2012.

²⁰ Cons. St., IV, 6 October 2015, no. 4644.

“any applicant at his request, without his having to state an interest” (article 3, par.1).

According to the Council of State, the right to environmental information “is an atypical right to a widespread control on the state of environment”.²¹ Anybody may access to environmental information, provided that the request is not “manifestly unreasonable” or “formulated in too general a manner” (article 5, par. 1, let. b) and c), and that it concerns the state of elements of the environment or the factors and measures which might affect it (article 1, par. 1, let. a), b), c)). However, according to case law, although the norm does not require a statement of reasons in order to access information, the applicant has to state that he or she has “an environmental interest” on the information required, since “the legal system cannot allow that a right, born with a specific purpose, is exercised in order to satisfy a different interest of economic kind”²².

2.3. *Object and scope of access*

According to article 22 of the Law on administrative procedure, “access to administrative documents is a general principle of administrative action, aiming at guaranteeing impartiality and transparency and fostering participation”. It follows that all administrative documents are accessible, except those referred to under article 24 (paragraph 3). Excluded from access is also any information held by public administration, when it is not embodied in a document (paragraph 4).

Apart from the exclusion of information, the definition of “administrative document” given by Law No. 241 is quite broad: “every graphic, photographic or filmed, electromagnetic, or any other kind of representation of the content of acts, including internal acts and acts not related to a specific proceeding, held by public administration and concerning activities of public interest, regardless of whether the substantial law governing them is public law or private law” (article 22, par. 1, let. d).

In regard to public administration’s activities subject to the right of access, this provision, amended by Law 15/2005, has laid down a principle already established in case law. Indeed, after several decisions denying the right to access private law acts²³, the Council of State, in plenary session, ruled that, in order to ensure transparency, any act pursuing a public interest has to be accessible, regardless of the nature of the norms governing administrative action.²⁴

²¹ Cons. St., VI, 21 June 2016, no. 2714.

²² Cons. St., III, 5 October 2015, no. 4636.

²³ Cons. St., IV, 5 June 1995, no. 412; V, 17 December 1996, no. 1559. See also TAR Marche, 5 December 1997, no. 1348; TAR Lazio, Latina, 27 January 1999, no. 70.

²⁴ Cons. St., Ad. Pl., 22 April 1999, no. 4 and no. 5.

In respect to “internal acts”, it has to be pointed out that all internal documents may be released: acts preliminary to a decision (for instance opinions or advices), and documents for internal use.²⁵ Legal advices are normally confidential, since protected by professional secret, but are always releasable if they are given within a proceeding or if an administrative decision refers to them.²⁶ E-mails between officers or other persons working for public administration are considered private and may not be disclosed.²⁷

Access is granted also to acts related to pending proceedings, except for preparatory acts related to rule-making and planning procedures, which are expressly excluded from access by article 24, paragraph 1, let. b). Access may be postponed only when the knowledge of the act, specially in the preparatory stage of the decision, would undermine the decision-making process (art. 9, par. 2 of the *Regulation on access to administrative documents*, enacted by Presidential Decree No. 184 of 12 April 2006). A deferment of access is frequent, for instance, to acts relating to selection procedures.

Bound to the norms on access are administrative authorities, as well as public and private bodies (article 22, par. 1, let. b). In regard to private bodies access is limited to activities that are of public interest (article 22, par. 1, let. b).

Distinguishing between activities of a public service provider which are of public interest and activities which are not is not always an easy task. In this respect it is interesting to look at the case law concerning *Poste Italiane Spa*, a private company held by the State, provider of postal service. Courts deemed, for instance, documents related to staff enrolment²⁸ or to work organization²⁹ to be accessible since they are instrumental to the providing of a public service. On the contrary, the refusal to access to documents related to deposit accounts held at *Poste Italiane SpA* has been considered legitimate, since banking activities are not part of the postal service³⁰.

2.4. Request for access

The application for access, stating the reasons of the request, has to be made to the public authority that created the document or to the one that holds it permanently (article 25, par. 2). According to case law, the request has to be addressed to the authority which actually holds the document, or which should

²⁵ Cons. St., IV, 14 May 2014, no. 2472; TAR Emilia Romagna, Parma, 13 March 2015, no. 84.

²⁶ Cons. St., IV, 13 October 2003, no. 6200; V, 15 April 2004, no. 2163.

²⁷ TAR Sicilia, Catania, 10 July 2015, no. 1891.

²⁸ Cons. St., VI, 5 March 2002, no. 1303.

²⁹ Cons. St., IV, 11 April 2014, no. 1768; TAR Lazio, Rome, 14 May 2014, no. 5080; TAR Emilia Romagna, 30 July, 2014, no. 806.

³⁰ TAR Calabria 11 February 2015, no. 144; TAR Sicilia, 26 February 2016, no. 597.

hold it under the law. Therefore the authority cannot oppose a refusal by simply stating that the document is not in its disposal, or that it is held by a different body³¹. Every authority has the duty to keep records of its activity, in order to fulfil the requests of access.³² If the requested document relates to a procedure within its competence, the authority cannot respond that the document has not been found or that it no longer exists, otherwise “the exercise of the right to access documents, granted by law in order to promote citizen participation and to foster transparency and impartiality of public administration, would be easily frustrated.”³³

The authority “is not obliged to elaborate data in order to satisfy the request”. This principle, laid down in *Regulation on Access*³⁴, has, according to case law, several implications on the content of the request. The first, obvious, is that, since the authority does not have to create new documents, the request may only concern documents which already exist. The second, less obvious, is that the applicant cannot request documents of which he or she just presumes the existence, but must give evidence that the documents actually exist.³⁵ Furthermore, the request must indicate with sufficient precision the documents it refers to: requests related to unspecified series of acts (so-called exploratory access) are not admissible.³⁶ Finally, the principle according to which requests for access do not require an elaboration of data from public administration has been extended to cases in which documents actually exist, but, because of the number of the documents requested, the authority should carry on a too complex activity to search and release them.³⁷ Requests for access must be “proportionated to the real interest of the applicant to know the document”³⁸, vexatious and repeated requests are not admissible.³⁹

2.5. *Exercise of the right of access to public documents*

The right to access public records can be exercised in an informal way, “upon request, including a verbal request” (so-called *informal access*, regulated by article 5 of *Regulation on access*). In this case, “the request is examined immediately, is subject to no formalities, and is deemed to be approved by the act of indica-

³¹ TAR Lazio, Rome, 24 March 2016, no. 3752; TAR Lazio, Rome, 9 May 2016, no. 5429.

³² TAR Piemonte, Turin, 16 April 2015, no. 609.

³³ Cons. St., VI, 28 July 2015, no. 3743. See also Cons. St., IV, 9 May 2015, no. 2379 and TAR Lazio, Rome, 3 March 2016, no. 3752.

³⁴ Article 2, par. 2 of Presidential Decree no. 184/2006.

³⁵ TAR Lazio, Rome, 24 April 2016, no. 4020.

³⁶ See, between many decisions, TAR Emilia Romagna, Bologna 4 April 2016, no. 2016.

³⁷ TAR Campania, Salerno, 16 March 2015 no. 624; TAR Lazio, Rome, 26 May no. 6177.

³⁸ Cons. St., IV, 11 June 2015, no. 2859.

³⁹ Cons. St., VI, 20 November 2013, no. 5511; TAR Marche, 19 November 2015, no. 830.

ting the publication containing the relevant information, or showing the relevant document, or making a copy of it, or any other suitable act” (par. 3).

If it is not possible to fulfil the request immediately, or if there are doubts on the title of the applicant or on his/her actual interest in the supplied documents, on the accessibility of the documents, or on the existence of other interested parties, the applicant must present a formal request (so-called *formal access*, regulated by article 6 of the abovementioned regulation). The procedure must then come to an end with a formal act (an administrative decision) within thirty days from the date of the request. If this time limit expires and no decision has been taken, the request is deemed refused.

The procedure must be always formal if there are “third parties who have a counter interest to access”, i.e., under the definition given by article 22, par. 1, let. c) of Law No. 241/1990, “all parties who have been identified or are easily identifiable on the basis of the nature of the document requested and whose right to privacy would be undermined by the exercise of the right of access”⁴⁰. Those parties, to whom the authority has to communicate the request of access, have the right to oppose the request within ten days from the date of such communication (article 3 of *Regulation on access*). Upon expiry of this time limit, the authority can decide on the request of access.

Finally, “the right of access is exercised by viewing and taking copies of the relevant documents” (article 25, par.1). The Law provides that viewing is subject to no charge and that, “without prejudice to the provisions currently in force on stamp duties, as well on search and survey fees, the issuance of a copy shall be subject only to payment of the coping costs” (article 25, par.1).

According to a recent ruling⁴¹, public administration, in order to ensure a real transparency, cannot submit the right to access documents to limits which are different from those expressly provided by Law on administrative procedure (listed in article 24 of the Law). Therefore, in order to enable an effective exercise of the right of access, costs must be proportionated and must take in consideration the economic condition of the applicant. Accordingly, provisions requiring fees have to be red in the light of proportionality principle: authority cannot ask the payment of search fees for each single document requested, but for the whole searching activity.

2.6. *Exclusions and restrictions to the right of access*

Any document is accessible, provided that it does not fall under one of the exceptions listed in article 24 of Law No.241/1990.

⁴⁰ On the rights of third parties see M. MAZZAMUTO, *Tutela del segreto e controinteressati al diritto d'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 96 ff.

⁴¹ TAR Lazio, Rome, 3 November 2015, no. 12383.

The abovementioned provision, as amended by the Law No.15/2005, excludes the right to access: a) to documents that have a State secrets *status*⁴² and to acts the disclosure of which is expressly prohibited by special pieces of legislation⁴³; b) to acts related to tax proceedings, governed by the special rules provided for them; c) to activities of public administration that are aimed at issuing regulatory, general and planning acts; d) to documents of selection procedures which contain psycho-aptitude information on third parties (paragraph 1). Administrative Courts favour a strict interpretation of these exclusions.⁴⁴ In relation to tax proceedings, for instance, it has been stated that exclusion is limited to pending proceedings, since under the rule of law activities carried on by public administration to ascertain tax obligations cannot remain secret.⁴⁵

Article 24 also provides that the Government may establish, via a regulation, other cases of exclusions in order to protect one of the interests set forth in paragraph 6 (national security and defence; international relations; monetary and current policies; public order, prevention and repression of crime; private life or confidentiality of third parties). The Government has delegated this power to administrative authorities and other public and private bodies bounded by the norms on the access.⁴⁶ Thus any administration has its own regulation, containing the list of the documents excluded from access. These regulations are subject to judicial review.

Finally, according to paragraph 7 of the abovementioned provision, “applicants must nevertheless be guaranteed access to those administrative documents the knowledge of which is necessary for asserting or defending legal claims”.

The scope of application of this provision has been highly discussed in case law. As noted above (paragraph 2.1), the original text of article 24 allowed access to acts containing personal data of third parties, if the knowledge of the document was necessary for the defence of a legal claim (par. 2 let. d). Until

⁴²State secret status is regulated by Law no. 124 of 3 August 2007, which reformed Italian secret services and State secret doctrine. Under art. 39 of the abovementioned act, State secret status covers documents whose disclosure may harm the integrity of the State and its institutions, State’s independence in relation with other States, military defence. The Prime Minister is the only authority entitled to declare the status of State secret and to remove the requirement of secrecy. The secret is temporary (maximum thirty years).

⁴³ For instance, the prohibition to disclose information related to criminal investigations provided by art. 329 of the Criminal Procedure Code. In those cases is also included classified information, regulated for the first time by art. 42 of the Law no. 124/2007 (see TAR Sicilia, Catania, 11 March 2015, no. 701). Nevertheless, Courts may order to release documents that contain classified information if the disclosure is deemed to be necessary in order to exercise the right to judicial defence (see Cons. St., I, advice no. 2226 of 1 July 2014; TAR Lazio, Rome, 7 January 2016, no. 154).

⁴⁴ See, for instance, TAR Campania, Napoli, 7 May 2014, no. 2479.

⁴⁵ Cons. St., IV, 10 February 2014, no. 617; IV, 6 of August 2014, no. 4209.

⁴⁶ See article 8 of the regulation adopted by the Presidential Decree 27 June 1992 no. 352.

recently, prevailed in Court rulings the opinion that, although the right to know the acts necessary for the exercise or the defence of a legal claim (so-called *defensive access*) is now granted in an autonomous paragraph, *defensive access* would override the right to privacy, but not public interests safeguarded by the norm on the exclusions.⁴⁷ Conversely, in recent case law, the guarantee of the right to access documents necessary for the exercise or defence of a legal claim has been deemed to be applicable also in other cases, as, for instance, in relation to requests for documents excluded from access by the regulation of the Minister of interior to protect public order.⁴⁸ It has been held that, in case of *defensive access*, “legislator directly made the balance between conflicting interests, stating the sacrifice of secrecy’s requirement and the prevalence of the applicant’s need to assert his/her claims, provided that the required documents are necessary to this purpose.”⁴⁹ The need for secrecy can be taken in consideration by public administration and by judges only in order to decide the ways in which the document has to be disclosed (by posing *omissis* or by allowing the viewing of the document without giving the right to make a copy of it).⁵⁰

Finally, the refusal to access documents should be the “last resort”⁵¹. As a matter of fact access to administrative documents may not be denied whenever it is sufficient to postpone it (article 24, par. 4).

2.7. *Right of access and personal data protection*

The narrow interpretation of paragraph 7 of article 24, mentioned above, was mainly due to the fact that the same provision also states that “to documents containing sensitive or judicial data access shall be permitted to the extent that it is strictly indispensable” for the exercise or defence of legal claims, and, in case of data that might reveal information on health conditions and sexual life, within the terms established under article 60 of Legislative Decree No. 196 of 30 June 2003 – *Personal Data Protection Code*.⁵²

This Code, commonly known as *Code of privacy*, is a consolidated text of several statutes and regulations enacted to implement Directive 95/46/EC *on personal data protection*.⁵³ It contains general principles on processing of personal

⁴⁷ See, between others, Cons. St., 7 February 2014, no. 600.

⁴⁸ See TAR Campania, Napoli, 7 May 2014, no. 2479; Cons. St., IV, 3 September 2014, no. 4493; TAR Puglia 19 November 2015, no. 3355; Cons. St., 13 April 2016, no. 1435.

⁴⁹ Cons. St., no. 1435/2016, quoted.

⁵⁰ Cons. St., IV, no. 4493/2014, quoted.

⁵¹ See D. GALETTA, *Transparency and Access to Public Sector Information in Italy*, cit., 229.

⁵² According to the Courts, it would have been unreasonable a norm which protected sensitive and judicial data more than important public interests. See Cons. St., 7 February 2014, no. 600.

⁵³ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 *on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data*. The Code superseded Law no. 675 of 31 December 1996, the first Italian piece of legislation

data, binding for natural and legal persons (private or public), and additional rules applying only to public bodies.

Under the Code, processing of personal data is “any operation or set of operations, carried out with or without the help of electronic or automated means”, concerning, among others, the collection, recording, keeping, elaboration, communication and dissemination of “any information relating to a identified or identifiable natural person” (article 4, par. 1, let. a), and b).

Rules relating to personal data processing carried on by public authorities grant a different degree of protection to personal data, depending on the kind of data involved. Personal data, others than sensitive or judicial data, may be processed by public authorities “also in absence of statutes and regulations providing expressly for such processing” (article 19). *Sensitive data* (i.e., under article 4, par. 1, let. d), personal data revealing racial or ethnic origin, religious, philosophical or other beliefs, political opinions, membership of political parties, trade unions, or other organisations of the kind, as well as data revealing health conditions and sexual life), and *judicial data* may be processed only if processing is expressly authorised by law (article 20, par. 1) and only when processing of this kind of data is indispensable for the authority to discharge its institutional tasks (article 22, par. 3). Data revealing health conditions may not be disseminated (article 22, par. 8).

In regards to access to public records containing personal data, the Code provides that rules laid down in Law No 241/1990 apply (article 59). However, “when the processing concerns data revealing health conditions and sexual life, processing shall be allowed if the legal claim to be defended by means of the request for accessing administrative records is at least equal in rank to the data subject’s rights, that is it consists in a personal right or another fundamental, inviolable right or freedom” (art. 60).

Thus, under article 24, par. 7 of Law No.241, as integrated by the provisions of the *Code of privacy*, access to documents containing personal data, others then sensitive or judicial data, is permitted, if it is *necessary* for asserting or defending legal claims; access to *sensitive e judicial data* is allowed if it is *strictly indispensable* to the same purpose; and access to data revealing *health conditions and sexual life* is permitted only if the knowledge of the document which contains the data is strictly indispensable for defending a *right of the same rang* as the right to personal data protection.

According to case law, the defence of legal claims not always overrides the right to privacy, since the law confers to public authorities the power to balance the interests involved in the case at the hand.⁵⁴ As pointed out by the Council of

concerning privacy and personal data protection, enacted to implement the Directive.

⁵⁴ TAR Lazio, Rome, 20 August 2014, no. 9195; TAR Lazio, Rome, 21 December 2015, no. 14356; TAR Lombardia, Milano, 11 January 2016, no. 34; Cons. St., III, 10 June 2016; no. 2500.

State, the authority has to make an accurate assessment, on a case by case basis, of the necessity to limit rights that are of the same rank as the right to judicial defence, to which the exercise of the access is instrumental. Indeed, according to the Court, article 24, par. 7 of Law No. 241/1990 requires a constitutional oriented interpretation, excluding the rigid prevailing of the need for defence on the right to privacy, which would unreasonably sacrifice interests protected both by the Constitution, and by EU Law⁵⁵.

2.8. *Legal remedies against the refusal of access*

As seen above, if the public authority, to which a request for access is addressed, does not respond within thirty days, access is deemed refused. Against the refusal, express or tacit, article 25, par. 4 of Law No. 241/1990, as amended by Law No.15/2005, provides administrative as well as judicial remedies.

When access is denied or postponed by municipal, provincial or regional authorities, the applicant can, within thirty days, appeal the decision, express or tacit, before the Ombudsman, with competence in that territorial jurisdiction (or with competence for the higher territorial jurisdiction, if in the level of the decision the Ombudsman has not been established). When the refusal of access, or the decision to postpone it, is taken by central or decentralised State authorities, on the appeal decides the Commission for Access. If the refusal of access concerns documents containing data of third parties, the Commission, before deciding on the appeal, has to consult the Personal Data Authority (*Garante*), which has ten days to give its advise.

If the Ombudsman or the Commission deem unlawful the refusal or the postponement have to inform the applicant and the authority, which denied the access, about their statement. Access is deemed consented, if public authority does not confirm the refusal within thirty days with a motivated decision.

The judicial remedy against the refusal to access public documents is now regulated by art. 116 of the *Administrative Process Code*⁵⁶. The applicant can appeal the negative decision, the tacit refusal, or the decision to postpone the access, before the Regional Administrative Tribunal (*Tribunale Amministrativo Regionale -TAR*), within the time limit of thirty days. The time limit is mandatory, therefore, if the applicant does not appeal the refusal (even a tacit one), he cannot make a new request to access the same documents, unless he or she gives evidence that the situation is changed or makes a different statement in relation to the interest which supports the request for access.⁵⁷ Within this time limit the appeal has to

⁵⁵ Cons. St., VI, 18 June 2015, no. 3122.

⁵⁶ Adopted with Legislative Decree no. 104 of 2 July 2010.

⁵⁷ See TAR Lazio, Latina, 15 October 2015, no. 667; TAR Sicilia, Catania, 11 February 2016, no. 396; TAR Lombardia, Milan, 10 March 2016, no. 494; TAR Lazio, Rome, 4 April 2016, no. 4022.

be notified to the authority, which rejected the request (or which remained silent on it), and to at least one of the third parties who have a counter interest (if present), otherwise the appeal is not admissible. Parties with counter interests are defined under Law No. 241/1990, so are third persons whose privacy would be undermined if the refusal of access would be held unlawful.

The *TAR* decides following a special chamber proceedings, in which defence councils may be heard on their request. If the request for access fulfils the conditions laid down by law, the Court orders the administration to disclose the documents to the applicant. The decision of Administrative Tribunals, which settles the dispute, can be appealed by the parties within the time limit of thirty days from its notification before the Council of State, which decides following the same proceedings. If the public authority does not comply with the judicial order to release documents, the applicant can bring an action before the same Court that issued the order. The Court in this case has full jurisdiction and may appoint an official to execute the decision under its supervision (so-called *giudizio di ottemperanza*).

3. Proactive disclosure of data and freedom of information

3.1. The “Italian way” towards administrative transparency: the dissemination of data via websites

As seen above, Law No. 15/2005 included transparency between the general principles governing administrative action, but, instead of extending the right of access to anyone, restricted it, limiting it to interested parties, and expressly prohibiting access aimed at monitoring the activity of public administration.

However, as it has been noted, in order to find some coherence in the reform from 2005, it is necessary to look at other pieces of legislation, mainly to Legislative Decree No. 82, *Code of Digital Administration*, dated 7 March of the same year.⁵⁸ The Code, which for the first time required public authorities to disclose a set of information through their official websites, introduced in our legal system a new model of transparency, alternative and concurrent with the one grounded on access, based on proactive disclosure of information via electronic means.⁵⁹ This model was further implemented by Legislative Decree No. 36 of 24 January 2006 – *implementation of Directive 2003/98/CE on re-use of public sector information*, the starting point of open data policy in Italy⁶⁰.

⁵⁸ E. CARLONI, *La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2009, 792.

⁵⁹ *Ivi*.

⁶⁰ See D.U. GALETTA, *Transparency and Access to Public Sector Information in Italy*, cit..

From that moment on, mandatory disclosure of public data on websites became the main way chosen by the legislator in order to ensure transparency and to promote a democratic control on public administration.

In what has been defined as “the Italian way towards administrative transparency”⁶¹, the main steps are Legislative Decree No. 150 of 27 October 2009 on *Optimization of the productivity of public work and the efficiency and transparency of public administration*, and Legislative Decree No. 33 of 14 March 2013 on *Reorganization of the rules concerning duties of publicity, transparency and dissemination of information by public administration*.

The first of these decrees, breaking with the tradition, defines transparency as “total accessibility, also by publication on institutional websites of public authorities, to all information related to public organization (...) with the aim to foster widespread forms of control upon public administration, and to ensure that principles of efficiency and impartiality are complied with” (article 11).

Notwithstanding this broad definition, information concerning public administration does not become generally accessible, since the decree does not contain any provision on access, which thus is granted within the limits set forth by Law No. 241/1990. Information is also not fully available, since available are only data that legislator chooses to make public requiring their dissemination online, a number of data that is considerable, but of course limited. In fact, in the decree transparency seems to be mainly an instrument to enhance public administration’s efficiency (through control of the performance of civil servants) and to prevent corruption (through control of the spending of public funds).

Fighting corruption is also the main goal of the norms on transparency laid down in Legislative Decree No. 33/2013, enacted by the Government pursuant the delegation from Law No. 190 of 6 November 2012 *Rules on prevention and repression of corruption and illegality in public administration*.

Also this decree defines transparency as “full accessibility” of information – relating this time not only to organization, but also to public administration’s activity – aimed at fostering “disseminated forms of control upon the fulfilment of institutional functions and the use of public funds” (article 1, par. 1). Moreover Legislative Decree No. 33/2013 expressly recognises that transparency “implements constitutional principles of democracy, equality, impartiality, good administration, accountability and efficiency in the use of public funds, and is a precondition for the exercise of civil and political rights” (article 1, par. 2).⁶²

⁶¹ See F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra Legge n. 190 del 2012 e d. lgs. 33 del 2013*, in B. PONTI (ed.), *La trasparenza amministrativa dopo il d. lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, Santarcangelo di Romagna, 2013, 21.

⁶² On this new concept of transparency see, between others, A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in M. IMMORDINO, N. GULLO, C. CELONE (ed.), *Atti del Convegno internazionale “Strumenti di contrasto alla corruzione nella Pubblica Amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano*,

For the first time in a piece of legislation, transparency is conceived as a means to ensure the compliance with constitutional values and to guarantee fundamental rights, but again the implementation of the principle is not coherent with the premises. As a matter of fact, the decree does not introduce a general right to access information, but, instead, a more limited right to know data, documents and information, that public administration has the duty to disclose.

Article 5 of the decree provides that anyone has the right to access documents, information or data, subject to mandatory disclosure, when public authorities have failed to publish them (so-called *civic access*). Despite the name, this is not the recognition of the freedom of information, since object of this new kind of access can be only a limited set of data laid down by the legislator⁶³. The norm protects the public interest in disclosure, while the right to know of the citizen is protected only to a limited extent and in an indirect way.⁶⁴ The civic access seems thus to be only a mean of enforcement of a statutory obligation, a remedy against public administration's inertia.⁶⁵

Transparency is still pursued through dissemination of information, documents and data via websites. The number of data subject to mandatory publication is further increased, but information, which falls out the list, remains out of the scope of public scrutiny.

3.2. *The last step: the Italian FOIA*

As it has been noted, in a model of transparency grounded on the mandatory disclosure of a huge number of data via websites, some rooms of the "glass house" of public administration may be too illuminated, with a risk of "opacity for confusion", while others remain in the dark, with risks of maladministration.⁶⁶ Furthermore, a system only focused on proactive disclosure, expression of a dirigiste logic assigning to the legislator the task to determine

in *Nuove Aut.*, n. 3, 2014, 563 ff.; F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, *ivi*, 556 ff., M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove Aut.*, 2015, 63 ff., A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749 ff.

⁶³ See M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9, 2013, 802 ff.; A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, *cit.*, 574-5.

⁶⁴ See G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Gior. dir. amm.* n. 8-9, 2014, 883-885, who considers the civic access as a form of *actio popularis*.

⁶⁵ See M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2016, 596; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2016, 5.

⁶⁶ E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme*, *cit.*, 58. On the opacity resulting from the too wide number of disclosure requirements see also D.U. GALETTA, *Transparency and Access to Public Sector Information in Italy*, *cit.*, 235, and F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, *cit.*, 559.

which information is of public interest, is not satisfying for citizens, who hardly find in public documents and data disseminated in internet information they are really interested in⁶⁷.

Many scholars had stressed the limits of this model, advocating the recognition in the Italian legal system of a “right to know” modelled on FOIA.⁶⁸ The Parliament followed this indication in Law No. 124 of 7 August 2015, an Act entailing a comprehensive reform of public administration, which delegated the Government to “recognise the freedom of information, granting anybody, independently from legally relevant positions, the right to access, also through electronic means, to documents and data held by public authorities” (article 7, let. h).

Pursuant this delegation, Legislative Decree No. 97/2016 amends Legislative Decree No. 33/2013, providing a new right of access to public data and documents not subject to mandatory publication (also named “civic access”).

In order to foster public control “upon the fulfilment of institutional functions and the use of public funds”, and “to promote participation to public debate”, this new right is granted to *anybody*, within the limits set forth in the decree (article 5, par. 2 of Legislative Decree No. 33/2013, as amended by Legislative Decree No. 97/2016). All data and documents held by public authorities become, as a general rule, public: anybody may require their disclosure without having to state the reasons of the request (article 5, par. 3). The “right to know” is finally recognised to the citizen as such, out of the limited scope of publication requirements.

The *civic access* concerning documents, information or data that the authority has the duty to disclose remains unchanged (regulated by article 5, par.1). The new right of access, provided by article 5, par. 2, concerns data and documents not subject to mandatory publication. In this case information is not accessible. This restriction, probably due to the fear of legislator of overburdening public administration with the task of elaborate data and create new documents in order to supply the requested information, might reduce transparency, since rough data are not always easily understandable, and *per se* meaningful to the general public.

The proceeding concerning the new right of access is entirely regulated by the Decree. The application, which must “identify” the documents and data

⁶⁷See G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, n.1, 2017, 7.

⁶⁸ See, between others, M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit., 795; G. GARDINI, *Il codice della trasparenza*, cit., 889 ff.; A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3-4, 2013, 725; E. CARLONI, *I principi del codice della trasparenza*, in B. Ponti (ed.), *La trasparenza amministrativa dopo il d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, cit., 37, A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico, Trasparenza e accesso civico*, cit., 574-5.

object of the request, may be presented (also by electronic means) not only to the office which holds the documents (not always known by the applicant), but also to the front office of the authority concerned (*Ufficio relazioni con il pubblico URP*), or to other offices indicated from the authority in the section of the homepage of the official website named *Transparent Administration* (article 5, par. 3). If there are third parties, who have a counter interest to access, the authority must inform them. Those parties have ten days to oppose the request (article 5, par. 5).

The proceeding must come to an end within thirty days with a decision “expressed and motivated” (article 5, par. 6). If it is positive, the authority must promptly transmit the requested documents and data, also by electronic means, to the applicant. The release of documents is cost free, “the authority may ask only the refund of the costs actually afforded to reproduce the documents in a material support” (article 5, par. 4).

If a third party has made opposition to the request, the authority has to communicate him/her the decision to disclose the data. In this case documents and data may not be released before fifteen days from that communication (article 5, par. 6). This period of stand still seems very important in order to protect the rights of third parties (especially the right to personal data protection), since it allows them to propose administrative or judicial remedies before a harm has occurred.⁶⁹ The provision grants to the individual, who might be affected by the disclosure of personal data, the possibility to timely apply for an ad interim order (the suspension of the effects of the decision), the only remedy which is effective in protecting secrecy. Once the information is released, the unique remedy available remains the action for damages, which has an uncertain result, since the harm is normally very difficult to prove.⁷⁰

The refusal, the postponement or the limitation of access must be motivated in relation to the cases of exclusions and to the limits laid down in article 5 *bis* (article 5, par. 6). This provision limits the access in order to protect public interests (public security and public order, national security, defence and military affairs, international relations, monetary policy and financial stability of the State, criminal investigation and prevention of crime, regular execution of inspections), as well as private interests of constitutional relevance (personal data protection, freedom and secrecy of correspondence, economical and commercial interests of a natural or juridical person).

The interests, which may justify the refusal of access, are numerous, and

⁶⁹ See G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 8.

⁷⁰ In this respect, the fact that the decree does not grant to third parties the remedy provided by art. 116 of the *Administrative Process Code* does not seem to really weaken their protection, as affirmed from G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 9.

formulated in vague terms⁷¹. However, the norm limits the broad discretion left to public authority stating that access shall be denied “if the refusal is *necessary* to avoid a *concrete harm*” to those interests. The authority has thus to evaluate the probability of the harm caused by the disclosure and its seriousness, limiting the right to know only to the extent necessary to protect the interest which justifies the exclusion, in compliance with proportionality principle. In the balance of competing interests a role might be played by the motivation of the request of access, which, although not required, could strengthen the position of the applicant.⁷²

The norm also extends to the new right of access the limits and exclusions provided by article 24, par. 1, of Law No. 241/1990, and entrusts to the Anti-Corruption Authority, in agreement with the Personal Data Authority, the task of enacting guide lines to give “operative indications”, and to further specify the exclusions provided by the decree.

Administrative remedies against decisions concerning the new general right of access to documents and data are partially different from the ones provided by Law No. 241/1990. Against the refusal of access or the silent of the competent authority, the applicant may bring a request for review before the Anti-Corruption and Transparency Officer, which each authority, under article 43 of Legislative Decree no. 33/2013, has to appoint. If third parties have made opposition against the access, the Officer, before deciding on the review, has to ask the advise of the Personal Data Authority. To the third parties is also given the possibility to appeal the decision to release data and documents before the Anti-Corruption and Transparency Officer (article 5, par. 7).

If the request of access concerns acts of local government bodies, the applicant may also appeal the refusal of access or the silence on the request before the Ombudsman (the procedure is the same as the one regulated by Law No. 241/1990). On the contrary, no appeal before the Commission for Access is provided. The Commission, whose permanence is expressly confirmed in

⁷¹ Consider too wide the exclusions D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza amministrativa alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n.33/2013*, in *Federalismi.it*, n.5, 2016, 10; B. PONTI, *La trasparenza e i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, in B. PONTI (ed.), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 57 ff; C. CELONE, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo e italiano*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2016; E. CARLONI, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Rassegna Astrid*, n. 4, 2016, 6 ff., who speaks about a “betrayal” of the FOIA model. However, as it has been noted from M. SAVINO, *Il FOIA italiano*, cit., 599, the interests listed in art. 5 *bis* correspond to the ones limiting the right of access in most of the FOIAs adopted by the European Countries and in the FOIA of the European Union (Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents).

⁷² See M. SAVINO, *Il FOIA italiano*, cit., 600; B. PONTI, *La trasparenza e i suoi strumenti*, cit., 61.

the Decree (article 7, par. 7), will still decide appeals against decisions on access taken under Law No. 241/1990, and monitor the respect of the norms of transparency laid down in the same Act, but will not have any power to control the respect of norms of transparency laid down in Legislative Decree No. 33/2013. This monitoring is entrusted to the Anti-Corruption and Transparency Officer and, at a higher level, to the National Anti-Corruption Authority.

The refusal of access and the decision of the Anti-Corruption and Transparency Officer on the request for review may be appealed before administrative courts under article 116 of *Administrative Process Code*.

3.3. *The problematic coexistence of different rights of access*

Legislative Decree No. 97/2016 neither repeals, nor changes the provisions of Law No. 241/1990 related to the right of access. As seen above, it also keeps the right of access recognised to anybody in relation to documents, data and information that public authorities have failed to publish (*civic access*), introducing in Legislative Decree No. 33/2013 a new general right of access to data and documents, also granted to anybody, and also named *civic access*.

The coexistence of these three rights of access can be problematic, since the statutory framework is far from clear and thus not transparent.⁷³

The legislator does not give any definition of the forms of access granted by Decree No.33/2013, using the same *nomen iuris* for rights which are very different.

The first paragraph of article 5 is dedicated to the access instrumental to the enforcement of publication requirements, while the second guarantees the new freedom of information. The rest of the article, regulating procedure, decision and remedies (as well as other provisions of the Decree not amended by the reform), often refer to *civic access* with no further specification. In those cases the norms should apply to both kind of access, but it is not always so.

To make just an example, article 5, paragraph 6, provides that the refusal, the postponement or the limitation of access must be motivated in relation to the cases of exclusions and to the limits laid down in article 5 *bis*. Since the norm does not specify to which kind of civic access it refers to, exclusions and limits provided by article 5 *bis* should apply for both kind of access.⁷⁴ However, the extension of those limits to the right of access to data and documents which public administration has failed to publish does not make any sense. When information is subject to mandatory disclosure, no discretion is left to public authority to balance the competing interests in transparency and in secrecy: this

⁷³ See G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 3. See also S. VILLAMENA, *Il cd. FOIA (o accesso civico 2016)*, cit.

⁷⁴ See G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 5.

balancing has been made *ex ante* by the legislator. And in fact, article 5 *bis* refers the exclusions to article 5, paragraph 2 (i.e., to the new general right of access).

Article 5, paragraph 6 is probably a mistake, but, as it has been noted, the “circular remand” to article 5 *bis* generates confusion.⁷⁵

The choice to give the same name to different access rights is misleading.⁷⁶ The absence of precise definitions and a statutory text not always clear make the problem worst. Civic access related to publication requirements probably would have to be repealed, since its permanence in our legal system generates complexity, without improving significantly citizen’s right to know.

On the contrary, the decision to keep the right of access granted by Law No. 241/1990 seems important and sound.⁷⁷ As a matter of fact the limits and exclusions provided for this right are less broad than the ones provided for civic access. Moreover, as seen above, in case of “defensive access” some of them can be overcome. The repeal of the “traditional” right of access, which is not (and will not become⁷⁸) superfluous, would have weakened citizen’s fundamental rights (for instance the constitutional right to judicial review).

However, the coexistence of the right of access provided by Law No. 241/1990 and of the new right of access would have required a coordination of the norms concerned, if not their regulation in the same text. Although the two rights of access are different, if the rules concerning the proceeding or the system of remedies were harmonised, the statutory framework would be less complex and more coherent. The stratification of different statutory provisions makes their interpretation difficult for the citizen as well as for public administration.

3.4. *Publication requirements*

Legislative Decree No. 97/2016, which makes all data and documents available on request (within the abovementioned limits), reduces only marginally the extent of publication duties. Notwithstanding the substantial failure of the strategy of improving transparency through the dissemination of a huge number of data via internet, proactive disclosure of information remains central in the Italian system.⁷⁹

The norms related to mandatory disclosure of information, laid down in Decree No. 33/2013, pursue two different aims: preventing corruption and ille-

⁷⁵ *Ivi.*

⁷⁶ Contra see M. SAVINO, *Il FOIA italiano*, cit., 596, who notes that, although the two rights are different, they are both expression of the same right to know.

⁷⁷ See G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 18.

⁷⁸ M. SAVINO, *Il FOIA italiano*, cit., 593.

⁷⁹ See G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 7.

gality, and in general “bad administration”, and fostering participation, openness, efficiency, or, in other words, “good administration”.⁸⁰

The first goal is pursued by provisions that require the publication on institutional websites of information related to holders of political offices, to higher public officials, to public administration’s consultants, to evaluation of civil servants’ performances, to private bodies owned or controlled by public authorities, to the use of public funds, or to beneficiaries of public funds. As it has been noted, these norms seem grounded on distrust and suspicion⁸¹, if not, in some cases, on voyeurism.⁸²

Related to the second aim are instead publication obligations concerning information about public bodies organisation, tasks and procedures, about the providing of public service and access to it; or information relating to specific procedures, as for instance, selection procedures. The disclosure via Web of this kind of information may actually favour participation, simplify procedures, ameliorate the relationship between citizen and public administration, and increase citizens’ trust in public administration.⁸³

However the fight of corruption and illegality seems, also after the recent reform, to be the prevalent goal of the legislator, as the increasing powers of the *National Anti-Corruption Authority*, in this matter, as in many others, shows. Following Brandeis famous remark, that “sunlight ... is the best of disinfectants”, the norms of the Decree ensure that data, related directly or indirectly to the use of public funds, are not only public, but disseminated in a way that also citizens that do not have an active role may know them.

According to article 3 of Legislative Decree no. 33/2013, all data, documents, and information subject to mandatory disclosure, under the same decree or under different statutory provisions, are public: anybody, without having to go through an authentication process or being identified in any manner, has the right to know them. Data, documents and information have to be published for a time period of five years on the section of the official website of the authority concerned called *Transparent Administration*, which must have a link in the homepage (article 8). “Administrative bodies may not use filters or other technical devices aimed at preventing web-based search engines from indexing and searching this section” (article 9). Data, documents and information subject to mandatory publication have to be published in “open format” and may be used and re-used without any restriction other than the duty to quote the source of information and to respect the integrity of the data concerned (article 7).

⁸⁰ See M. BOMBARDELLI, *Tra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4, 2013, 658.

⁸¹ *Ivi*

⁸² See D.U. GALETTA, *Transparency and Access to Public Sector Information in Italy*, cit., 234.

⁸³ See M. BOMBARDELLI, *Tra sospetto e partecipazione*, cit.

Public authorities have to ensure that information, disseminated via institutional websites, is complete, currently updated, timely, user friendly, easy to understand, easy accessible (article 6).

The Anti-Corruption and Transparency Officer has to report any failure or delay in complying with the publication requirements to the Independent Assessment Body (*Organismo indipendente di valutazione*), to the National Anti-Corruption Authority, and in most serious cases, to the disciplinary office. The decree provides a system of sanctions, that apply both to *Anti-Corruption and Transparency Officers*, with regard to their specific duties, and to senior civil servants (*dirigenti*) and holders of political offices, when they do not supply data, that have to be disclosed.

3.5. *Proactive disclosure of information and personal data protection*

As seen above, many or most of the data subject to mandatory publication with the aim of preventing and contrasting corruption relate to identified persons: holders of political offices, higher officers, civil servants, public administration consultants, addressees of administrative acts, beneficiaries of public funds, etcetera.

Article 7 *bis* of Legislative Decree no. 33/2013 provides that personal data different than sensitive and judicial data subject to mandatory disclosure can be published on official web sites and processed in a way that allows their indexing in search engines and their re-use pursuant article 7, in compliance with the legislation concerning personal data protection. Sensitive and judicial data, as defined by the *Code of privacy*, may be published on institutional websites if “indispensable to reach the aim of transparency”, although not in open format. Only data revealing health conditions and sexual life seem to be excluded from publication.

As far as a duty of publication is provided by the Decree no. 33/2013 (or by other statutory provisions), transparency prevails upon the right to personal data protection, with no possibility left to administrative authority to balance countervailing interests in the specific case. The decision has been taken *a priori* by the legislator, which often sacrifices the right to data protection beyond what is strictly necessary in order to fulfil compelling public interests. As a consequence, a wide number of personal data (for instance, income tax declarations of holders of political offices and of persons related to them; remuneration of each high officer; names of consultants and amount of their remuneration; names of beneficiaries of public funds and exact amount of funding) is today published in the section *Transparent Administration* of the homepage of public authorities in open format.

The *Garante* has affirmed several times that the publication of personal data

in internet in open format is not in compliance with the principles laid down in the *Code of privacy*.⁸⁴ For this reason the Italian Personal Data Protection Authority has been accused from some scholars to be the “*Garante* of public administration privacy”⁸⁵, and the “protector of opacity”⁸⁶.

Also the legislator has not taken the warnings of Personal Data Protection Authority in due consideration. While reforming the norms on transparency laid down in Legislative Decree No. 33/2013, instead of reducing the number of acts containing personal data subject to mandatory publication on official websites, it enlarged it: the new article 4 *bis* provides that every authority has to publish on its website all data relating to the payments made, with specific indication of the reasons of the payment and of the names of the beneficiaries⁸⁷.

I believe that the Italian Data Protection Authority is right, since this trend to “total” openness, as far as personal data are concerned, sacrifices the right to privacy in a way not compatible with the Code of privacy and with EU Law⁸⁸.

As it is well known, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, not only protects the right to respect for private life (art. 7), former granted by art. 8 of the European Convention on Human Rights, but also recognizes a distinct right to personal data protection (art. 8). The EU Court of Justice in recent time has taken very seriously these fundamental rights, requiring strict conditions in order to limit the right to privacy and to personal data protection, also when those rights collide with relevant public interests (transparency, but also security) as well as with individual freedoms.⁸⁹

In relation to an EU regulation requiring the publication on websites of all

⁸⁴ See the Advice of Garante on the draft of Legislative Decree no. 133/2013 of 7 February 2013, www.garanteprivacy.it, doc web no. 2243168; *Guidelines on processing of personal data made for publicity and transparency purposes on web by public bodies* of 15 May 2014, www.garanteprivacy.it, doc web no. 3134436.

⁸⁵ F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione*, cit., 28.

⁸⁶ E. CARLONI, *Le Linee guida del Garante: protezione dei dati e protezione dell'opacità*, in *Giorn. dir. amm.*, n.11, 2014, 1113.

⁸⁷ See on this provision the negative remarks of the Data Protection Authority (Advice of Garante on the draft of Legislative Decree no. 97/2016, of 3 March 2016, www.garanteprivacy.it, doc web no. 4772830).

⁸⁸ Underlines the risk of detachment of open data policy from the principles of personal data protection D.U. GALETTA, *Transparency and Access to Public Sector Information in Italy*, cit. On publication requirements and personal data protection see, from different perspectives, M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, n.1, 2015, 121 ff.; I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi*, n. 11, 2015; E. CARLONI, *Il bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in B. PONTI (ed.), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, cit., 115 ff.

⁸⁹ See, between other decisions, EU Court of Justice, Grand Chamber, Case 93/128 *Digital Rights Ireland* of 8 April 2014; Case 131/ 12 *Google Spain* of 13 May 2014; Case C-362/14; *Schrems v Data Protection Commissioner* of 6 October 2015.

names of the beneficiaries of agricultural aids and of the exact amount of the aid, the Court affirmed that “institutions are obliged to balance, before disclosing information relating to a natural person, the European Union’s interest in guaranteeing the transparency of its actions and the infringement of the rights recognised by Articles 7 and 8 of the Charter. No automatic priority can be conferred on the objective of transparency over the right to protection of personal data (...), even if important economic interests are at stake.”⁹⁰ The regulation was then held to be illegitimate while the institutions had not properly balanced transparency and the rights recognised from Articles 7 and 8 of the Charter, and had “exceeded the limits which compliance with the principle of proportionality imposes”. The Court also pointed out that “derogations and limitations in relation to the protection of personal data must apply only in so far as is strictly necessary.” According to the Court, it would have been possible to envisage measures which would have affected less adversely those fundamental rights and which still might contribute effectively to the objectives of the European Union rules in question.

Many, or most, of the publication requirements provided by Legislative Decree No. 33/2013 concerning personal data would probably not resist to such a strict proportionality text: a widespread control upon the use of public funds does not necessarily require to know the name of each single person who received public moneys.

Furthermore, the modality of disclosure of personal data (the publication on web sites in a form which allows indexing and re-use) is not compatible with article 8, par. 2 of the UE Charta, which allows processing of personal data only “for specified purposes”. Once personal data are posted on web and indexed, anybody, simply typing on google the name of the person concerned, can find them, use them anytime with non limitations, and match them with other data found on web, with no possibilities of control. This decontextualization of data, inherent in the logic of open data, is in “irreconcilable conflict” with the use limitation principle (purpose principle), prohibiting further processing of personal data which is incompatible with the purpose of the collection⁹¹.

⁹⁰ EU Court of Justice, Grand Chamber, Case C-92/09 and 92/03, Volker Markus Schecke Gbr, of 9 November 2010, paragraph 85.

⁹¹ G. GARDINI, *Il codice della trasparenza*, cit., 887. The principle, according to which data may be “collected for specified, explicit, and legitimate purposes and not further in a way incompatible with those purposes”, first provided by article 6, par. 1, let b) of Directive 95/46/EC on data protection, is now affirmed by article 5 of the *General Data Protection Regulation* (Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC).

4. Conclusion

It is too soon to know if the new rules recognising a general right of access to public documents will finally succeed in making the house of public administration of glass.

The legislator could certainly contribute to this purpose by simplifying the statutory framework. As it has been noted, in order to increase the level of transparency, the coexistence of different rights should enrich the possibility of knowledge instead of creating promiscuity and confusion.⁹² Clear definitions of the different rights of access and of their rationale, as well as a better coordination of the provisions on access laid down in Legislative Decree No. 33/2013 and in Law No. 241/1990, would help citizens to exercise their rights and operators to apply the new rules.

The norms on transparency should be ameliorated also in order to find a better balance between transparency and privacy. A house made of glass is a house where nobody would choose to live in⁹³.

Publication on websites of personal data (not only of sensitive ones) should be limited to the necessary minimum, and should not be in open format. That is not to say that there is no public interest in knowing many of the data that Legislative Decree No. 33/2013 requires to publish. Those data may now be released to the public on request, since the new right of access endows every citizen with a power to control public administration, leaving to public authorities the task to balance transparency and data protection in a way appropriate to the case concerned. “Reactive disclosure” is less harmful for personal data than proactive disclosure⁹⁴, but not less effective in preventing illegality and fighting corruption⁹⁵.

Until the legislator (or the EU Court of Justice), will not intervene to change the provisions requiring the publication of personal data on websites in the form of open data, personal data, which might be accessible by the citizen on request (provided that there is a public interest in knowing them), will remain disseminated in internet for a significant length of time, available to anyone’s curiosity and to uncontrolled re-use (whether legal or not).

⁹² G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 2-3.

⁹³ See M. CLARICH, *Trasparenza e protezione dei dati personali nell’azione amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3885.

⁹⁴ “The most invasive form of disclosure of personal data” according to G. GARDINI, *Il codice della trasparenza*, cit., 887.

⁹⁵ According to M. SAVINO, *Il FOIA italiano*, cit., 603, “reactive transparency” can be more effective than “proactive transparency” in fighting corruption.

Abstract

Access to public records and proactive disclosure of information in Italy:
an overview

by Paola Savona

The paper analyses the rules related to the right of access to public documents laid down in Law No. 241/1990 on administrative procedure, and the interpretation given to them by case law. It then presents the Italian FOIA enacted in 2016 and the system of proactive disclosure of public sector information. It concludes that, notwithstanding the salutary introduction in the Italian legal system of a general right to know, the norms on transparency still need to be improved in order to clarify the statutory framework and to find a better balance between public interest in disclosure of information and personal data protection.

Hanno collaborato a questo numero:

Alfredo Contieri

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Fortunato Gambardella

Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Annalaura Giannelli

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università telematica "Giustino Fortunato" di Benevento

Nicola Gullo

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Roberto Leonardi

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Brescia

Viviana Molaschi

Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Bergamo – Abilitato alle funzioni di professore di II fascia

Paola Savona

Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università LUMSA – sede di Palermo

Ornella Spataro

Professore associato di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo

Alberto Zito

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Teramo – Docente di appalti e contratti pubblici presso la SNA-Scuola Nazionale dell'Amministrazione

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI FEBBRAIO 2017
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI