ISSN 1123-3036

Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

ottobre 2019

2

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria

Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

STEM Mucchi Editore

Luciano Vandelli ci ha lasciati da qualche mese.
Non aveva mai collaborato direttamente con il *Diritto dell'economia*; non eravamo Suoi allievi.
Eppure, sentiamo di avere perso un riferimento, un Maestro, una persona per bene, un galantuomo, sempre disponibile e sorridente.
Pensando a Luciano, non si può non ricordarne lo spessore scientifico e umano, proprio di uno studioso che, pur orgoglioso delle sue appartenenze, guardava alle persone che non conosceva steccati, che ascoltava tutti in egual modo e aiutava tutti con autentica generosità.
È dunque per noi naturale, coralmente e con affetto, dedicare questo numero della Rivista alla Sua memoria.

Fabrizio Fracchia, Francesco Manganaro, Massimo Occhiena, Aristide Police

issn 1123-3036

Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale *open access* di
dottrina, giurisprudenza e documentazione

Promossa da

Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria
Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

anno 65, n. 99 (2-2019)

Mucchi Editore

Direttore Responsabile: Prof. Fabrizio Fracchia - Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano, Via Röentgen, 1 - 20136 - Milano - tel. 02.583.652.25.

La rivista «Il diritto dell'economia», fondata e diretta dal 1954 al 1987 da Mario Longo, ha continuato la pubblicazione, dal 1987, su iniziativa di Elio Casetta e Gustavo Vignocchi.

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Emilia est, 1741, 41122, Modena
info@mucchieditore.it
info@pec.mucchieditore.it
www.mucchieditore.it
facebook.com/mucchieditore
twitter.com/mucchieditore
instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it

Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Grafica, impaginazione, gestione sito web: STEM Mucchi Editore Srl - Modena
Pubblicato nel mese di dicembre 2018

Comitato di direzione

Carlos Botassi	(Universidad de La Plata - Argentina)
Andrea Comba	(Università di Torino)
Daniel Farber	(University of Berkeley)
Vittorio Gasparini Casari	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Guido Greco	(Università Statale - Milano)
Estanislao Garcia Arana	(Università di Granada - Spagna)
Neville Harris	(University of Manchester)
Francesco Manganaro	(Università Mediterranea di Reggio Calabria)
Massimo Occhiena	(Università di Sassari)
Aristide Police	(Università Tor Vergata - Roma)
Michel Prieur	(Université de Limoges)

Comitato scientifico

Laura Ammannati	(Università Statale - Milano)
Sandro Amorosino	(Università La Sapienza - Roma)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Alessandro Crosetti	(Università di Torino)
Marco Dugato	(Università di Bologna)
Rosario Ferrara	(Università di Torino)
Denis Galligan	(University of Oxford)
Carlo E. Gallo	(Università di Torino)
Marco Gestri	(Università di Modena e Reggio E.)
Francesco Marani	(Università di Modena e Reggio E.)
Anna Marzanati	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Morbidelli	(Università La Sapienza - Roma)
Fabio Merusi	(Università di Pisa)
Giuseppe Pericu	(Università degli Studi di Milano)
Ornella Porchia	(Università di Torino)
Pierluigi Portaluri	(Università di Lecce)
Margherita Ramajoli	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Restuccia	(Università di Messina)
Franco Gaetano Scoca	(Università La Sapienza - Roma)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)
Francesco Vetrò	(Università del Salento)

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)	Silia Gardini	Pasquale Pantalone
Giovanni Barozzi Reggiani	Martina Germanò	Michela Petrachi
Lorenzo Bimbi	Annalaura Giannelli	Susanna Quadri
Lorenzo Caruccio	Giuseppe La Rosa	Francesco Scalia
Elisabetta Codazzi	Alberto Marcovecchio	Scilla Vernile
Michela Colapinto	Calogero Micciché	Alice Villari
Letterio Donato	Viviana Molaschi	Patrizia Vipiana
Rosamaria Iera	Clara Napolitano	Francesco Zammartino

La pubblicazione di articoli e contributi proposti alla rivista è subordinata alla seguente procedura:

• Il lavoro (non superiore a 10.000 parole) è sottoposto a un esame preliminare da parte della direzione (o di un suo componente delegato), per rilevare la sua attinenza alle caratteristiche ed ai temi propri della rivista, nonché l'eventuale presenza di evidenti e grossolane carenze sotto il profilo scientifico.
• Il successivo referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari esperti nella materia, italiani o stranieri, scelti dalla direzione nell'ambito di un comitato di referees o, in casi eccezionali, inerenti alla specificità dell'argomento trattato, all'esterno dello stesso. La procedura di referaggio richiede un tempo minimo di almeno due mesi.
• Il sistema di referaggio è quello cieco previsto dalla normativa vigente: lo scritto è inviato in forma anonima a chi deve procedere alla revisione e all'Autore non è comunicato chi procederà alla stessa. Chi effettua la revisione è vincolato a tenere segreto il proprio operato e si impegna a non divulgare l'opera e le relative informazioni e valutazioni, che sono strettamente confidenziali: l'accettazione preventiva di questo vincolo e di questo impegno è precondizione per assumere il compito di referaggio.
• I nomi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati dalla rivista nel corso dell'anno sono pubblicati in apposito elenco nell'ultimo fascicolo dell'annata senza riferimento ai lavori valutati.
• I revisori invieranno alla direzione (o al componente delegato), la proposta finale, che può essere di: accettazione dello scritto per la pubblicazione (eventualmente con un lavoro di editing); accettazione subordinata a modifiche migliorative, sommariamente indicate dal revisore (in questi casi lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare); non accettazione dello scritto per la pubblicazione.
• I revisori, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione del merito delle tesi da essi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione l'originalità e l'utilità pratica delle idee espresse nel lavoro, nonché la conoscenza delle fonti pertinenti, la consapevolezza culturale, la consistenza critica del percorso argomentativo e la correttezza formale.
• La direzione della Rivista o almeno quattro membri della stessa (compreso il Direttore responsabile) possono decidere la pubblicazione in deroga di contributi che non abbiano caratteristica di Saggio o con un numero di battute inferiore a 20.000 e, per alcuni lavori specifici (soprattutto considerando le caratteristiche dell'Autore o la loro natura), possono altresì decidere di non procedere alla valutazione anonima, effettuando essi stessi una motivata valutazione del contributo e fornendo apposita giustificazione della deroga. Quest'ultima tipologia di contributi non può superare complessivamente le 40 pagine per numero; i relativi lavori saranno contrassegnati nell'indice dell'annata con un asterisco. Non è sottoposto a referaggio l'eventuale "editoriale" all'inizio del fascicolo.
• Nel caso in cui uno dei componenti del Comitato di direzione intenda pubblicare un proprio lavoro nella Rivista, la procedura sarà gestita interamente da un altro componente delegato del Comitato di direzione, garantendo l'anonimato dei referees.

The publication of articles and contributions in the journal is dependent upon compliance with the following procedure:

• The work (not exceeding 10,000 words) is subject to a preliminary examination on the part of the editors or their delegate to assess its relevance to the journal's characteristics and themes, as well as the possible presence of evident and glaring shortcomings of a scientific nature.
• The subsequent peer review involves submitting the work for review by two full professors (Italian or foreign) who are experts in the relevant field, selected by the editors or their delegate from among a committee of referees or exceptionally from outside the committee, depending on the particular expertise required in relation to the subject matter of the work. The procedure requires at least two months.
• The peer review system is the so-called blind peer review method provided by law: the text is sent to the reviewer in anonymous form and the Author is not told the name of the reviewer. The reviewers are obliged to keep their task confidential and undertake not to divulge the work or the information and evaluations which are considered strictly confidential: prior acceptance of this obligation and undertaking is a necessary condition for accepting the task of carrying out a peer review.
• The names of the referees consulted for assessment of works to be published by the journal during the year are disclosed in a special list in the last issue of the year, without reference to the works reviewed.
• The referees shall send the editors or their delegate the final proposal, which may be: acceptance of the work for publication (possibility after editing); acceptance subject to improvements, indicated in summary form by the referee (in these cases the work shall be sent back to the author in order to make the necessary changes); not to accept the work for publication.
• Referees must also bear in mind the originality and practicality of the ideas expressed in the work, as well as the cultural awareness and critical constancy of the line of argument.
• The Board of Editors or at least four members of the Board of Editors itself (including the Editor-in-chief) may decide to publish contributions even if they are not configured as essays, or with a number of characters below 20,000 and, for a number of specific works (especially considering the characteristics of the Author or their nature), may also decide not to proceed with anonymous assessment, themselves carrying out a motivated evaluation of the contribution and providing a specific justification of the exception. The latter type of contributions may not exceed 40 pages per issue over all; relative works will be marked in the index of the year with an asterisk. Any "editorial", at the beginning of the issue, won't be submitted for referral procedure.
• Should one of the members of the Board of Editors intend to publish a work of his own in the Journal, the procedure will be managed entirely by another delegated member of the of the Board, thus guaranteeing the anonymity of the referees.

Norme per la preparazione degli originali destinati alla rivista «Il diritto dell'economia»

L'originale, completo di testo, note e **abstract**, deve essere inviato (in formato .doc o .docx) per e-mail all'indirizzo del direttore responsabile (fabrizio.fracchia@unibocconi.it): il file complessivo non deve superare **10.000 parole** e **deve essere reso anonimo dall'Autore**. L'abstract non deve superare le **150 parole**.

Il testo deve essere completo di titolo e sommario, deve essere suddiviso in paragrafi numerati progressivamente e deve indicare per ogni paragrafo il titolo (da riportare nel sommario con i numeri dei paragrafi).

In calce al contributo in formato cartaceo o nella mail di accompagnamento occorre indicare:

Cognome, nome, qualifica accademica (con l'indicazione della Università di appartenenza) e/o qualifica professionale; recapito di posta elettronica che l'Autore acconsente sia pubblicato sulla Rivista.

La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

Anche al fine di evitare ritardi nella pubblicazione dei contributi si raccomanda agli AA. la massima cura nella redazione degli originali in conformità alle seguenti indicazioni, tenendo presente che **originali redatti non in conformità ai criteri redazionali potranno non essere presi in considerazione per la pubblicazione**:

• per i nomi degli AA. citati in nota usare il **carattere tondo (no maiuscoletto)** con l'iniziale del nome che precede il cognome (es., M. Nigro);
• per le parole straniere usare il corsivo;
• **le virgolette devono essere basse (nel testo e in nota) tutte le volte che c'è una frase o un passo riportato da un altro testo, Autore, giurisprudenza o legge**. Lo stesso vale per i titoli delle leggi, delle direttive e così via;
• all'interno delle virgolette e in genere in tutto il testo devono essere in corsivo solo le parole straniere;
• Non si inserisce "p." prima dell'indicazione delle pagine
• **In ogni caso, occorre seguire un criterio di uniformità nel testo e nelle note.**
• Le note devono essere numerate progressivamente (in corrispondenza del richiamo nel testo)
• Deve essere usato il corsivo per il titolo dell'opera citata, nonché per la Rivista (abbreviata) o il volume in cui essa è riportato, secondo gli esempi seguenti:

Per le citazioni di dottrina:

E. Casetta, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia,* in *Dir. econ.,* 1955, 339 ss.;

F.Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 143 ss.;

S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Dir. amm. gen.*, I, Milano, 2003, 273 ss.;

F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana,* Padova, 1996.

Per le opere collettanee:

AA.VV., *Diritto amministrativo,* a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1999; oppure

E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1989.

Per le citazioni successive alla prima, ad es.: E. Casetta, *op. cit.*, 340; oppure (in caso di più opere dello stesso A.: E. Casetta, *Brevi considerazioni*, cit., 340.

Per le citazioni di giurisprudenza:

Cons. Stato, ad. plen., 1 aprile 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, 2000, I, 301 ss.;

Corte cost., 15 gennaio 1999, n. 12, in *Foro it.*, 1999, I, 267 ss.;

Cass, ss.uu., 12 marzo 1998, n. 128, in *Giur. It.*, 1999, I, 2, 315 ss.;

Per le abbreviazioni degli altri collegi, ovvero delle Riviste e dei periodici, si può fare riferimento, ad es., all'elenco del repertorio generale del Foro italiano o della Giurisprudenza italiana, **sempre secondo criteri di uniformità**.

Lo stesso vale per le altre abbreviazioni delle parole più correnti (es.: v., op. cit., cfr., ss., ecc.).

In caso di dubbi, si consiglia di prendere a modello gli articoli già pubblicati sulla Rivista

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

Indice n. 99 (2-2019)

ARTICOLI E SAGGI

Le società pubbliche a tre anni dal Testo Unico (d.lgs. 175/2016)

Luigi Rovelli, Relazione introduttiva ..... pag. 13

Francesco Goisis, Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico ..... » 23

Carlo Ibba, Società pubbliche e responsabilità degli amministratori: alcuni spunti per una discussione ancora aperta ..... » 39

Riccardo Ursi, Brevi riflessioni sullo statuto pubblicistico degli amministratori nel Testo unico ..... » 51

Arturo Iadecola, La giurisdizione della Corte dei conti sulle società legali dopo il d.lgs. n. 175/2016 ..... » 69

Dario Usai, Elenco delle società *in house* – essenza del controllo analogo nelle società di diritto comune ..... » 73

Paolo Valensise, L'esercizio dei diritti del socio pubblico nella prospettiva della responsabilità erariale ex D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175. Spunti di diritto societario ..... » 95

Mauro Renna, Acquisizioni e alienazioni di partecipazioni pubbliche, operazioni di partnership ed evidenza pubblica ..... » 115

Elisabetta Codazzi, L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'*in house providing* tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe" ..... » 127

Seconda parte

Maurizio Cafagno, Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo ..... » 155

Andrea Maltoni, Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici ..... » 179

Giuseppe Tropea, Annalaura Giannelli, Riflessioni in tema di salvaguardia dei "locali storici" ..... » 211

Sara Valaguzza, Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici ..... » 255

Walter Giulietti, Funzione politica del bilancio e tutela dell'interesse finanziario tra tecnica e diritto ..... » 279

Francesco Decarolis, Procedure e criteri di selezione delle offerte negli appalti di lavori pubblici: la prospettiva dell'analisi microeconomica ..... » 305

Biancamaria Raganelli, Ilenia Mauro, Anticorruption Measures in Public Procurement: Issues and Challenges ..... » 329

Franco Sciarretta, Il complesso allineamento del sistema domestico delle commesse pubbliche al modello europeo secondo la logica codificatoria a diritto costante ..... » 361

Raimondo Motroni, La PSD2 tra soggetti e oggetto della tutela ..... » 411

Alessandro Rosanò, *Athletic Club* / Commissione e *Barcelona Fútbol Club* / Commissione: selettività territoriale, vantaggio e onere della prova a carico della Commissione europea nel contesto dei rapporti tra aiuti di Stato e sport ..... » 443

Emanuela Furiosi, Il sistema reputazionale nelle Università: la Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR) ..... » 463

Alessandra Amore, I profili insidiosi dell'avvalimento dalla natura e funzione di garanzia della responsabilità dell'ausiliaria al principio di sostituibilità dell'avvalso ..... » 507

Stefano Rossa, Il diritto all'informazione come base per una amministrazione digitale: una comparazione fra Italia ed Estonia ..... » 543

NOTE SUI COLLABORATORI ..... » 591

Sezione

Le società pubbliche a tre anni dal Testo Unico (d.lgs. 175/2016)

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 13-21

Articoli e saggi

Relazione introduttiva

Luigi Rovelli

In una breve storia del riparto di giurisdizione in materia di responsabilità per danni arrecati da amministratori di società pubbliche all'erario, nell'esercizio della loro attività, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha avuto per moltissimi anni, un andamento sinusoidale, acquistando maggiore stabilità solo dopo la sentenza n. 26806 del 2009.

Sulla base dell'interpretazione dell'articolo 103 della Costituzione, che individua la configurazione della giurisdizione contabile solo in presenza di espressa disposizione legislativa (cosiddetta *interpositio legislatoris*) la Suprema Corte, a partire dal 1982 e fino al 2003 ha ritenuto che il criterio di riparto si dovesse fondare sulla distinzione fra "atto di organizzazione" – espressione di poteri autoritativi – sottoposto alla giurisdizione contabile e atti di gestione sottoposti alle regole civilistiche rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario. Questa distinzione andò in crisi per la sempre più difficile perimetrazione delle condotte ascrivibili all'una o all'altra categoria e fu abbandonata nel 2003 (sentenza n. 19667) a favore di un criterio cosiddetto sostanzialistico: quello che conta non è l'ambito (di diritto pubblico o di diritto privato) in cui si colloca la condotta, ma il fatto che l'evento si verifichi in danno di una Pubblica Amministrazione.

La responsabilità di amministratori di società partecipate veniva ricondotta all'affermazione di una nozione espansa di "rapporto di servizio" ravvisato fra società e ente pubblico: identificazione di rapporto di servizio con rapporto funzionale. Si escludeva, nello stesso tempo, qualsiasi preclusione all'esercizio di autonoma azione da parte dei soci in quanto l'azione contabile è forma di tutela "aggiuntiva" giustificata dalla salvaguardia degli interessi pubblici perseguiti dalla società (salva, ovviamente, l'esclusione della duplicazione del risarcimento dei danni).

La sentenza delle Sezioni Unite n. 26806 del 2009 segna l'*overruling*: da un lato le società non perdono la loro natura di soggetti privati, sottoposti a regole proprie, per il fatto che il loro capitale è alimentato da conferimenti dello Stato o di altri enti pubblici; e gli organi amministrativi e di controllo hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea (art. 2449); dall'altro, il rappor-

to di servizio può anche sussistere tra società ed ente pubblico, ma certo non sussiste tra quest'ultimo e gli organi sociali.

Se il danno è a carico della società, esso non è imputabile direttamente all'ente pubblico-socio, il quale, come tale, potrà invece esercitare, alla stregua degli artt. 2393, 2393 bis e 2476, l'azione sociale di responsabilità.

La giurisdizione contabile è però esercitabile in due casi:

a) verso chi, quale rappresentante dell'ente-socio abbia trascurato colpevolmente di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione. Questo è danno diretto, ma l'azione è rivolta non verso l'amministratore ma verso il rappresentante dell'ente nella società legato da rapporto contrattuale od organico con l'ente stesso;

b) nei confronti degli stessi amministratori e sindaci che, con la propria condotta, abbiano leso la figura dell'ente pubblico, come nel caso di danno all'immagine o di danno da grave disservizio.

Si tratterebbe, in questi casi, di un'azione per danno erariale coincidente con l'azione individuale del socio *ex* art. 2395 c.c. Si è però dubitato (Ibba) della coerenza di sistema di tale soluzione, prefigurando che, successivamente all'esito positivo dell'azione di responsabilità contabile, la società fallisca, con conseguente infruttuosa azione del curatore *ex* art. 146 L. F e 2394 *bis* c. c.; o anche , se la società è *in bonis* e l'azione esercitata da parte dei creditori sociali, nell'incapienza del patrimonio residuo degli amministratori, e dunque con una soddisfazione preferenziale del socio pubblico, e quindi con traslazione del rischio d'impresa dal socio pubblico ai creditori. Ma ciò può dirsi per ogni ipotesi di esercizio dell'azione di responsabilità individuale del socio *ex* art 2395 seguita da insolvenza della società.

Il *leading case* del 2009 sta a significare una cosa tanto semplice quanto apparentemente non falsificabile: che l'adozione della forma societaria determina l'applicazione del diritto societario. Da un lato si è specificato che tale assioma ha la forza dell'argomento "ontologico" applicabile non solo ai fatti bruti ma anche a quelli istituzionali. Dall'altro, però, si è lamentata la minorata tutela dell'interesse pubblico e le gravi conseguenze sul bilancio consolidato dello Stato per aver fatto prevalere la "forma" sulla "sostanza". In realtà, si conferma che per dare spazio alla responsabilità amministrativa non si può bucare il velo della personalità giuridica.

Arriviamo così alla svolta sulle società *in house*. Autorevoli voci sollecitavano la Cassazione a ripensare il problema della giurisdizione in termini più sostanzialistici, sapendo cogliere la realtà delle cose per come esse realmente sono: se il capitale investito è pubblico e, per *mala gestio*, è stato sperperato o perso e se l'esperienza dimostra che quasi mai i rimedi privatistici hanno funzionato, bisogna prendere atto che il danno ha riguardato risorse pubbliche, e che il solo rimedio

utilmente azionabile è dato dall'esercizio dell'azione per danno erariale da parte delle procure della Corte dei conti.

Le privatizzazioni iniziate negli anni 90 avevano aperto all'Outsourcing e nascevano così forme di gestione di servizi pubblici affidate a società commerciali partorite da enti locali. Le azioni esercitate dalle procure contabili trovavano il blocco della giurisprudenza delle S.U. in tema di giurisdizione. Ora l'invito a far prevalere la sostanza sulla forma e dunque a percepire la sostanza delle cose, merita sempre una qualche considerazione da parte del giurista; ma a patto poi di saper ritrovare soluzioni dotate di coerenza sistematica. Quel principio che si vuole "formalistico" che sta nella soluzione definita "pancivilistica" appartiene davvero all'ontologia: personalità della società di capitali; appartenenza al patrimonio sociale dei valori conferiti; rapporto di servizio esclusivo degli amministratori verso la società. È di Losano il rilievo secondo cui «l'identificazione di un ordine sistematico compiuto è l'elegante speranza che rallegra la solitudine del giurista». La "crisi" è data dalla difficoltà che crea l'impatto fra pubblico e privato. Osservava Salvatore Pugliatti nel 1943: «ogni crisi nel campo del diritto riconduce alla distinzione fra pubblico e privato; e quanto più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione, cioè si fermano alla superficie e dimenticano che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento, la sistematicità è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato»; e ciò vale proprio con riferimento a rapporti che Pugliatti stesso definiva «di natura spuria ed ambigua». All'interprete spetta ricreare le coerenze di sistema attraverso l'ermeneutica; termine che l'etimologia ci indica derivare da Hermes, messaggero degli dei ma anche Mercurio dio dei commercianti, dio instabile e mobile che come il metallo da cui prende il nome, si adatta alla forma delle cose sulle quali va ad aderire. Piano ineludibile rimane quello del soggetto giuridico. La ricordata concezione ontologica, come predicato anche dei fatti istituzionali, riconduce alla nettezza della distinzione fondamentale contenuta all'art. 2221 c.c. Ma caratteristica del postmoderno è anche quella di dar vita appunto a fenomeni di «natura spuria ed ambigua»; e la complessità (come ci ricorda Derrida) comporta l'alterazione di realtà anche istituzionali che può passare attraverso un processo di contaminazione che crea la figura dell'ibrido (l'impuro di Scarpetta). Ed è l'ibridazione nella soggettività a costituire la frontiera del fenomeno.

I caratteri della società *in house* vengono assunti dalle S.U. secondo rigidi requisiti: partecipazione totalitaria per statuto dell'ente o degli enti pubblici; esclusività dell'oggetto pubblico e il cosiddetto controllo analogo.

Non ci sarebbe stata la svolta giurisprudenziale se non ci fosse stato il filone della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea originato, nel 1999, dal caso TECKAL (*leading case*) in tema di evidenza pubblica nei pubblici appalti. Partendo dalla definizione dell'appalto come contratto, la Corte ha osservato che,

per esservi contratto, deve esservi incontro di volontà «tra due persone distinte»; che non può esservi contratto se a concluderlo sono entità solo formalmente diverse come accade quando «l'ente locale esercita sulla persona di che trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi». È questa un'interpretazione che, sia pur nata sul terreno della concorrenza e che connota il fenomeno dell'auto-produzione, apre spazio sistematico per la concezione "sostanzialistica"; e verso cui ben difficilmente si sarebbe mosso un interprete diverso da quello istituzionale della norma euro unitaria.

È dunque vero che, per configurare l'ibrido, non basta l›abuso della personalità giuridica; occorre una configurazione statutaria che evade dal «tipo»; che eccede così dai limiti di elasticità causale del tipo (come configurati dall›articolo 2380 *bis*, prima che intervenisse la norma che ne ammette la derogabilità anche se non illimitata). Se non è o non è ritenuta praticabile una valutazione in termini di nullità, anche in forza del principio di conservazione di cui agli artt. 1367 e 1424 c.c., allora sopravviene il giudizio di qualificazione giuridica.

Come fu rilevato da Luisa Torchia (sia pure in relazione ad altro fenomeno) il carattere della complessità e dell'ibridazione segna un passaggio dal naturalismo giuridico al decostruttivismo. Nella fase del naturalismo il soggetto pubblico ha regole pubbliche, quello privato ha regole private. Nel postmoderno con il decostruttivismo non sono più decisive le astratte distinzioni tipologiche, perché non del tutto vere: soggetti pubblici possono assoggettarsi a regole private e viceversa «nella dinamica dei due termini» (Pugliatti). Disaccoppiando i poli la decostruzione richiede che di volta in volta si debbano ricercare le regole da applicare con un lavoro paziente, minuto e difficile. Ad esempio la soggezione della società al fallimento è oggi confermata dall'art. 14 T.U.S.P.; e la giurisprudenza più recente (Cass. 7 febbraio 2017 n. 3196) ha confermato la fallibilità delle società *in house* sia alla luce dell'assetto precedente l'entrata in vigore del testo unico, sia in virtù di quanto ora disposto dall'art. 14 dello stesso, ricordando che «la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali e, dunque, di perseguire l' interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità».

Ma, se è così, davvero premonitrici appaiono le parole di Gustavo Minervini, espresse nel lontano 1982, laddove avvertiva: «Che senso ha modellare l'intervento pubblico nelle forme del diritto privato, se poi la disciplina da applicare dovrà essere quella del diritto pubblico?»

E, in senso più generale, sovviene anche il monito lanciato da Cesare Vivante – nella celebre prolusione del 1888- quando ancora invocava l'unificazione dei codici pur affermando la continua dinamicità del diritto commerciale (l'ala marciante del diritto privato come dirà poi Alberto Asquini) e la relativa staticità del diritto civile acquisita tramite la ricchezza di rigorose risorse scientifiche; ma aggiungeva: «se non avrete saputo allevare la mente alla fatica delle ricerche e al rigore del diritto civile, scenderete poi rapidamente, incalzati dai bisogni quotidiani, nella via dell'empirismo volgare».

Emersa così, nella società *in house*, l'inconciliabilità con la configurazione tipica della società di capitali della «totale assenza di un potere decisionale suo proprio in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico, titolare della partecipazione sociale», la soggettività attenua verso fenomeni minori quali la separazione (*rectius*, la segregazione) patrimoniale. La sentenza delle S.U. ha però avuto cura di circoscrivere la portata del rilievo «ai limitati fini del riparto di giurisdizione», non valendo in generale la disciplina della simulazione per le società di capitali (arg. *ex* art 2331, per cui «con l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica»); ma valendo invece a far considerare gli amministratori della società "vassalla" – legati da un vincolo di natura gerarchica con la pubblica amministrazione – come personalmente legati a questa da un vero e proprio rapporto di servizio.

A questo punto, occorre chiarire quali, alla stregua della decisione delle S.U., dovrebbe essere la conseguenza dell'accoglimento dell'azione per danno erariale verso gli organi amministrativi e di controllo della società *in house*. Se la negazione del rapporto di alterità è esclusivamente funzionale a far emergere il "rapporto di servizio" fra amministratori e socio pubblico, restando in vita la soggettività della società acquistata con l'iscrizione nel registro delle imprese, con effetto *erga omnes* (di qui, fra l'altro, la ricordata l'assoggettabilità a fallimento di detta società) il risultato utile dell'azione per danno erariale andrà a beneficio della società stessa, che ha risentito il danno in via diretta; e, solo mediatamente, ripristinerà nella stessa misura il socio pubblico (o i soci pubblici, unici titolari, nella descrizione "data", dei caratteri della società *in house*). L'accostamento che è stato proposto autorevolmente alla figura e alla disciplina dell'art. 2497 c.c. non pare del tutto pertinente ed è persino fuorviante, se inteso a configurare l'azione risarcitoria entro il quadro dell'art. 2395 c.c.

Giova qui sinteticamente premettere che la vera novità, rivoluzionaria piano del sistema, della disciplina introdotta con l'art. 2497, sta nella identificazione dei soggetti tutelati. Fra questi-ai quali è attribuita la titolarità di azione diretta verso la capogruppo per la perdita di valore della loro partecipazione nella società-figlia (cosiddetto danno indiretto) – vi sono i soci della controllata. È questa

una espressa deroga ai principi generali del diritto civile, quali quelli contenuti negli art. 1223 e 2395 c.c. L'idea-forza di tale scelta è stata quella che l'attività di direzione unitaria – svolta fuori dall'osservanza dei canoni di "corretta" gestione societaria e imprenditoriale (come nell'esempio, emblematico, di trasferimento di utili da una controllata alla società madre) – quando arreca danno alla società partecipata, contrasta con le "basi essenziali" (o fondamento negoziale) del contratto di società o comunque del rapporto societario. Se l'azione così prevista abilita il socio della partecipata ad agire "in ripercussione" del danno subito dalla società, lo strappo rispetto ai ricordati principi civilistici è innegabile. Ma la disparità di trattamento rispetto alla regola posta dall'art. 2395 (che limita l'azione individuale del socio al "danno diretto") trova, quanto meno, la sua spiegazione sul piano sistematico perché poggia sul postulato che l'azionista della società dipendente si presenta, rispetto alla capogruppo che lo danneggia, come "terzo", titolare di una proprietà azionaria che lamenta il "danno ingiusto" causato al valore della sua proprietà dal fatto illecito di un terzo (verso il quale non ha "diritti amministrativi"; né è giuridicamente tenuto ad assumere su di sé i rischi di impresa improvvidamente assunti).Per contro, la holding oggettivamente si giova della sua "apparente posizione di terzo" trovandosi in una posizione per la quale bene si attaglia il regime connesso al brocardo "*ubi commoda ibi incommoda*".

Ora, se il regime del "controllo analogo" è incompatibile con lo schema causale della società di capitali e ciò comporta la eccezionale configurazione di un rapporto di servizio fra amministratori della società *in house* ed ente pubblico esercitante il controllo analogo, questa contaminazione, pur non potendo far venir meno la soggettività acquisita con l'iscrizione nel Registro delle Imprese, incide sul regime di separazione patrimoniale. E vi incide, analogamente a quanto avviene in una prospettiva rovesciata nel distinto e più attenuato fenomeno della direzione unitaria nei gruppi, rendendo risarcibile il danno solo indirettamente risentito dal socio-ente pubblico, ma non come deroga alla regola generale di cui agli artt. 2395 e1223 c.c., ma come eccezionale legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte dell'ente pubblico come socio della controllata; il cui esito andrà pertanto a beneficio della "sedicente" società stessa. Né si verifica, di necessità, la eterogenesi dei fini, paventata da Fimmanò, di responsabilità diretta dell'ente (e dunque di ogni ente pubblico diverso dallo Stato) per debiti contratti dalla società dipendente "se non ed esclusivamente per effetto dell'art. 2497, quando l'azione dell'ente pubblico ha costretto la società ad agire in violazione «dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» della società dipendente stessa.

A questo punto, alla luce della disciplina dettata dal decreto legislativo n. 175 del 2016, resta da verificare con la sinteticità richiesta in una relazione introduttiva

che andrà a stimolare più approfondite discussioni, se, in tema di giurisdizione per responsabilità di amministratori e sindaci della società *in house*, risulti confermata la soluzione inaugurata dalle S.U. del 2013 , ovvero essa segua quella affermata, a partire dal 2009 , per tutte le società commerciali a partecipazione pubblica. Il testo unico presenta indubbiamente margini di oscurità e di incertezza.

In una prima stesura, la scelta appariva chiara ed era quella che assoggettava tutte le società pubbliche, senza esclusione alcuna, alla disciplina privatistica, secondo la regola estraibile dalla sentenza delle S.U. della Cassazione del 2009. Lo spazio per il "danno erariale" poteva così essere solo quello "direttamente" causato dal socio pubblico, nella persona dei rappresentanti dell'ente pubblico in seno alla società, all'ente stesso, come perdita del valore della partecipazione sociale. Il Consiglio di Stato, nel suo parere, rammentava che tale soluzione unitaria sarebbe andata a valere anche per le società *in house* e invitava così il legislatore delegato a valutare bene se si volesse o meno distinguere, raccomandando, in ogni caso, la massima chiarezza.

Oggi, il primo comma enuncia, come regola generale, quella "privatistica"; ma contiene una clausola di salvezza "per il danno erariale causato da amministratori e dipendenti della società *in house*". La seconda proposizione del primo comma prevede poi essere devolute alla giurisdizione contabile nei limiti della quota di partecipazione, la cognizione "sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma secondo". Segue, al comma 2, una definizione di danno erariale come "danno subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici o comunque titolari del potere di decidere per essi che, nell'esercizio dei propri poteri di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione".

La tesi "continuista" ha motivo di vedere nella formulazione della legge delegata una chiara scelta, di fronte all'esplicito invito del Consiglio di Stato, entro la logica binaria tra la "regola" (per la disciplina privatistica, salvo danno erariale come definito dal secondo comma) e l'eccezione che concerne il regime della società *in house*, per cui il danno causato alla società è, ipso iure, danno erariale. La seconda proposizione di cui al primo comma si riferisce alle società pubbliche "altre" rispetto a quelle *in house* e solo per esse vale la definizione di danno erariale di cui al secondo comma, ivi espressamente richiamato.

La tesi " unionista " osserva che la lettera della legge non basta per intendere che il danno alla società *in house* è, *ex se*, danno erariale. D'altra parte, la disciplina privatistica non consente di qualificare come erariale il danno causato alla società di capitali pubblica, né a riferire il danno alla partecipata come danno all'ente partecipante. Si ammette però che resta inspiegabile il senso della seconda disposizione del primo comma (che riguarda però le " altre " società). Tale esegesi, rispetto alla for-

mulazione letterale dell'art. 12, pare costretta a dare una lettura " selettiva" del testo normativo, scartandone una parte, proprio quella riguardante la società *in house*.

Per contro, un terzo filone interpretativo è portato a dare più ampio significato alla definizione di danno erariale di cui al secondo comma, comprensivo anche del danno causato da "amministratori e dipendenti" alla società *in house*. La conseguenza sarebbe quella di ritenere che la deroga *ex lege* alla limitazione del danno risarcibile a quello "direttamente" subito (non fu accolto il suggerimento del Consiglio di Stato di aggiungere l'avverbio "direttamente" prima delle parole "subito dagli enti partecipanti") vale come *interpositio legislatoris*; e vale anche per le società *in house*, a configurare, come danno erariale risarcibile quello "subito dagli enti partecipanti": con la conseguenza che il ricavato dell'esito vittorioso dell'azione di danno erariale non andrebbe alla società, ma appunto all'ente pubblico. In tal caso, sarebbe palese il sacrificio dei creditori della società e ne risulterebbe altresì la prevalenza del capitale di rischio (apportato dal socio pubblico) a detrimento del capitale di credito.

Anche per la palese insostenibilità di tale conclusione, pare corretto prendere atto della *voluntas legislatoris* di differenziare la disciplina delle società *in house* da quella delle altre società pubbliche. Per queste ultime, è esatto dire che danno erariale azionabile è solo quello "direttamente" causato all'ente pubblico (nel significato già noto) ed è azionabile solo verso il rappresentante del socio per la sua condotta dolosa o negligente; e, solo eccezionalmente verso gli amministratori, quando si verifica una delle situazioni scrutinate all'art. 2395 c.c. come nel caso del cosiddetto danno all'immagine.

In sostanza, la deroga contenuta nella "clausola di salvezza" per le sole società *in house* riguarda l'eccezionale legittimazione riconosciuta alla procura contabile per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità con effetti ripristinatori del patrimonio sociale, a giovamento anche di creditori e soci[1].

[1] Dato il tempo trascorso dal seminario va però segnalato per un aggiornamento giurisprudenziale che sono intervenute due recenti sentenze della Suprema Corte (Cassazione S.U. 28 giugno 2018 n. 17188 e Cassazione S.U. 21 giugno 2019 n. 16741) che sembrano tener conto della diversa giustificazione che viene data alla società *in house* dalla Direttiva 2014-24-U.E. e dallo stesso testo unico sulle società pubbliche. Se si andasse nel senso di ritenere possibile l'eventuale concorso in caso di società *in house* fra giurisdizione contabile e quella ordinaria, rimarrebbe la difficoltà di coordinare, in caso di fallimento della società *in house*, il regime prescelto con la generale legittimazione del curatore della procedura ad esercitare le azioni di responsabilità verso gli organi sociali della società commerciale (ex art. 1 terzo comma e art. 2 lettera f del recente codice della crisi e dell'insolvenza).

Più in generale rimane qualche dubbio se davvero la questione relativa alla esercitabilità dell'azione di danno erariale da parte delle Procure, della Corte dei Conti, in tal caso, sia da considerare questione relativa alla giurisdizione in stretto senso intesa (non essendovi un problema di riparto fra giurisdizioni perché quella azione non potrebbe essere esercitata altrimenti che presso il Giudice contabile). Ma semmai una questione di "improponibilità assoluta della domanda" diverso essendo il titolo e i presupposti dell'azione di responsabilità di amministratori e sindaci esercitabile davanti alla giurisdizione ordinaria dagli organi sociali a ciò legittimati.

Relazione introduttiva

Il presente scritto, che riproduce la relazione introduttiva presentata in apertura del Convegno, costituisce una sintesi dell'evoluzione giurisprudenziale, specie di quella di legittimità, in tema di giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società a partecipazione pubblica e, in particolare, di quelle *in house*, che, per la loro peculiare natura, hanno dato luogo a delle soluzioni differenti rispetto a quelle applicabili a tutte le altre società.
Tale ricostruzione è, pertanto, necessaria premessa al fine di meglio inquadrare la disciplina di cui all'art. 12, t.u., e di affrontare i problemi interpretativi ed applicativi posti dalla stessa.

Introductory Paper

This article, which reproduces the introductory paper presented at the opening of the Conference, is a summary of the jurisprudential evolution – especially with regard to legitimacy – in terms of jurisdiction over liability actions against the administrators of public companies and, in particular, of in-house ones. Due to their peculiar nature, these have given rise to solutions that vary from those applicable to all other companies. This reconstruction is, therefore, a necessary premise for the purpose of better framing the discipline pursuant to art. 12 of the Consolidated Law, and of addressing the interpretative and applicative issues it poses.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 23-38

Articoli e saggi

Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico

Francesco Goisis

Sommario. 1. Introduzione: il problema delle società in mano pubblica nel contesto del più generale dibattito sulla soggettività pubblica e la centralità della causa societaria. – 2. La legge delega: il criterio dell'investitore privato razionale (e quindi della necessaria redditività) oltre i limiti della disciplina sugli aiuti di Stato. – 3. Il Testo unico. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione: il problema delle società in mano pubblica nel contesto del più generale dibattito sulla soggettività pubblica e la centralità della causa societaria*

Il problema del rapporto tra diritto privato e diritto pubblico nelle società in mano pubblica e, con ciò, tra interesse comune dei soci ed interesse pubblico di cui è depositaria istituzionale la PA socia non ha un valore solo di per sé stesso.

In realtà, esso rappresenta da sempre una sorta di cartina di tornasole per comprendere lo stato dell'ordinamento rispetto ad un tema indubbiamente classico degli studi pubblicistici: quello della nozione di ente o comunque soggetto pubblico.

La confusione che oggi circonda la nozione di ente pubblico, fino alla stessa tendenza a liquidare l'argomento come ormai irrilevante, hanno contribuito non poco a determinare estesi ambiti di incertezza su tematiche fondamentali dell'intervento pubblico nell'economia, e più in generale, del diritto pubblico-amministrativo.

Piaccia o no, la nozione di ente pubblico rappresenta ancor oggi il principale presupposto "soggettivo" (non solo logico-implicito, ma altresì legalmente dichiarato) per l'applicazione del diritto pubblico-amministrativo.

Per convincersene basta leggere una qualunque legge di bilancio[1] o, almeno, la Costituzione, che, pur intitolando la sezione II, titolo III, della II parte, alla

[1] Da ultimo, nella l. 30 dicembre 2018 n. 145, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*, si richiama quindici volte il sintagma "ente pubblico".

"pubblica amministrazione", fa poi riferimento agli "enti pubblici" in tre articoli (artt. 28, 43 e 117, co. 2, lett. g). Le stesse due principali codificazioni del diritto sostanziale, ossia il Codice penale ed il Codice civile, parlano di "ente pubblico", rispettivamente, dieci e due volte e di "enti pubblici" cinque e diciannove volte. A tali definizioni le codificazioni in esame subordinando l'applicazione di istituti fondamentali, come, ad esempio, lo specifico regime della proprietà pubblica, nonché varie ipotesi di responsabilità penale. Lasciare in ombra la nozione di ente pubblico significa quindi accettare che i confini tra i due principali rami dell'ordinamento (diritto pubblico amministrativo e diritto privato) risultino inevitabilmente fragili, nonché che non poche previsioni di specie contenute nel Codice civile e penale come in innumerevoli leggi speciali abbiano un ambito di applicazione discusso: il tutto con gli esiti di ampia ed insoddisfacente incertezza che vediamo in relazione alle società partecipate da enti pubblici, ma non solo.

Faccio solo un esempio tra i tanti possibili per indicare l'obiettivo contrasto tra tale stato di cose ed il principio di legalità-prevedibilità:

Quanto alla specifica aggravante di cui all'art. 640, co. 2, n. 1, c.p. (c.d. truffa ai danni dello Stato e di ente pubblico), la giurisprudenza sembra muoversi su un piano essenzialmente casistico. Talvolta privilegia nozioni sostanziali (ed ampiamente incerte) di origine comunitaria (in tesi capaci di ricomprendere società in mano pubblica)[2], e talvolta, invece, nozioni formali (che escludono le partecipate pubbliche[3]). A fronte dell'obiezione che così facendo si rischia di minare la tassatività-prevedibilità della (stessa) legge penale, la Cassazione risponde che comunque la nozione di ente pubblico offerta dal diritto italiano sarebbe sempre stata incerta, sicché far ricorso a categorie sostanzialistiche non rappresenterebbe un'involuzione[4]. Ma il tema è proprio questo: occorrerebbe non rinunciare *a priori* a ricercare una nozione sufficientemente salda da di ente pubblico, perché solo in tal modo è dato giungere ad esiti ragionevolmente prevedibili quanto alla natura delle singole società.

---

[2] Ad es. Cass. pen., sez. II, 30 novembre 2018, n. 53778.

[3] Ad es. Cass. pen., sez. II, 28 ottobre 2009, n. 41498.

[4] Cass. pen., sez. II, 30 ottobre 2012, n. 42408: «Né può dirsi che, così argomentando, si attribuisce indeterminatezza alla fattispecie aggravata, in primo luogo, perché il dibattito sulla natura giuridica pubblica o privata di un ente non data da oggi, ma è anteriore alla stessa legislazione comunitaria, la quale anzi, ha il merito di avere fornito indicazioni precise, prontamente recepite nella legislazione nazionale, e, soprattutto, indicazioni attente al dato sostanziale, che, certamente, è quello che sta alla base della ratio di aggravamento della pena nel reato di truffa. In secondo luogo, l'interpretazione che si basa su quelle indicazioni implica che, nel caso di un rapporto strumentale tra enti, non può parlarsi di danno all'ente partecipante quale mero effetto riflesso della partecipazione societaria, poiché quando è coinvolto in una vicenda di truffa un organismo pubblico nel senso sopra specificato, tutti i profili di danno debbono essere considerati, in quanto il pregiudizio arrecato all'ente strumentale, comunque, si ripercuote sull'ente partecipante, non in modo puramente riflesso e penalmente irrilevante, ma in modo tale da incidere su quei "bisogni di interesse generale" che costituiscono la finalità per la quale la società partecipata è stata costituita, così da rendere ragione e giustificazione dell'aggravante contestata»..

Del resto, lo stesso d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, ossia il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica cui è dedicato questo incontro, di nuovo basa il suo ambito di applicazione proprio sul concetto "amministrazioni pubbliche", peraltro definite come «le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale». Ebbene, gli enti pubblici (non economici) costituiscono componente essenziale (e residuale) della nozione di pubbliche amministrazioni, quale definita da tale l'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001[5]. Da un lato, quindi, viene riconfermato anche dal Testo unico che un conto è l'ente pubblico (pur anche economico), un conto è invece la società a partecipazione pubblica (visto che i due concetti sono distinti, se non addirittura contrapposti); dall'altro l'incertezza sulla nozione di ente pubblico trascina con sé altresì un'incertezza non solo sulla natura delle società oggetto del nostro incontro, ma persino sullo stesso ambito di applicazione del Testo unico sulle partecipate.

Credo che il principale obiettivo di questo incontro e della successiva raccolta di scritti sia riflettere assieme, magistrati ed accademici, studiosi del diritto commerciale e del diritto amministrativo, sullo stato dell'arte quanto al dibattito sulla natura delle società in mano pubblica, per cercare di identificare alcune possibile linee di chiarimento.

Naturalmente, il nostro dialogo non può che partire, ormai a distanza di due anni dalla sua entrata in vigore, dal Testo unico sulle partecipate.

In particolare, nel rinviare agli importanti contributi degli altri relatori sui principali aspetti del Testo unico, mi pare utile soffermarsi, anzitutto, su quello che, come ho detto, appare il problema di fondo: se e fino a che punto le società in mano pubblica possano ricondursi ad un carattere e (soprattutto ed in conseguenza) ad un regime, pubblicistici.

[5] «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al *decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*».

2. *La legge delega: il criterio dell'investitore privato razionale (e quindi della necessaria redditività) oltre i limiti della disciplina sugli aiuti di Stato*

Partiamo dalla legge delega[6] che ha legittimato il Governo all'emanazione del Testo unico.

Due paiono i principi di delega di maggior rilievo per il nostro discorso.

Anzitutto, il più noto e oggetto di maggior riflessione dottrinale: ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. *a)*, eventuali deroghe rispetto alla disciplina privatistica sono ammissibili solo se in linea con un «principio di proporzionalità», ossia (se e per quanto) necessarie per il perseguimento degli obiettivi legislativi.

È rimasto invece sostanzialmente estraneo al dibattito un altro principio di delega[7], a mio giudizio del tutto centrale: l'art. 18, comma 1, *lett. l)*, prescrive una «regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato».

Come ricordato nei lavori parlamentari, il principio dell'operatore di mercato si connette al «rispetto dei principi comunitari di tutela della concorrenza, allo scopo di non incorrere, ad esempio, nelle ipotesi di influenza dominante o di aiuto di stato ai sensi del diritto europeo»[8].

Ebbene, il criterio chiave per valutare la compatibilità con la disciplina europea della partecipazione pubblica a imprese è proprio quello della «redditività dell'investimento».

Tale criterio, in particolare, è emerso fin dalla comunicazione della Commissione del 1984 sulla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese[9]: ivi si sostiene che qualsiasi forma di partecipazione pubblica (anche totalitaria) deve conformarsi al criterio «dell'investitore privato, operante in normali condizioni di mercato»[10], ossia de «l'investitore in regime di mercato che persegua l'obiettivo della massima redditività dei propri investimenti»[11]. Ha poi

---

[6] Legge 7 agosto 2015, n. 124.

[7] Con l'eccezione della recente ed importante monografia di E. Codazzi, *La società in house, La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità,* Napoli, 2018, spec. 170 ss.

Riprendo qui alcune riflessioni già esposte in F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in questa *Rivista,* 2017, 1 ss.

[8] Camera dei deputati, scheda di lettura legge 7 agosto 2015 n. 124, 167.

[9] *Comunicazione relativa all'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese*, in *Boll. CE,* 9/1984, 92 ss.

[10] *Comunicazione*, cit. 93.

[11] Questa l'espressione usata comunemente nei documenti comunitari. Cfr. ad es. 92/318/CEE: Decisione della Commissione, del 25 marzo 1992, relativa agli aiuti concessi dalla Spagna all'«*Industrias Mediterráneas de la Piel SA*» *(Imepiel)*, in *Gazzetta ufficiale* n. L 172 del 27/06/1992, 0076-0085.

precisato la Corte di giustizia[12] che «per stabilire se l'intervento, sotto qualsiasi forma, delle pubbliche autorità nel capitale di un'impresa costituisca aiuto di Stato ai sensi dell' art. 92 del Trattato, occorre valutare se, in circostanze analoghe, un investitore privato di dimensioni paragonabili a quelle degli enti pubblici di gestione avrebbe effettuato conferimenti di capitali di simile entità.», mentre il Tribunale di primo grado ha osservato che «il criterio relativo al comportamento di un investitore privato, operante in normali condizioni di mercato, è un›emanazione del principio di parità di trattamento fra i settori pubblico e privato; in base a tale principio i capitali investiti dallo Stato in un›impresa devono essere giustificati secondo le normali condizioni di mercato, al punto da essere irriducibili ad aiuto di Stato»[13].

In altri termini, la giurisprudenza europea ha ben chiaro (come del resto, sembrerebbe, la legge delega) che il criterio dell'investitore privato razionale tende naturalmente a ricondurre la società a partecipazione pubblica al diritto comune (invece che al perseguimento privilegiato dell'interesse pubblico), secondo una visione di parità di regime tra impresa in mano pubblica e, rispettivamente, privata.

Si noti che la Corte di giustizia, ancora nel 2018, ha avuto modo di ribadire che «[…] per giurisprudenza costante, ai fini della valutazione della questione se la stessa misura sarebbe stata adottata, in condizioni normali di mercato, da un operatore privato posto in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato, devono essere presi in considerazione unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione di quest'ultimo nella sua qualità di operatore privato, ad esclusione di quelli connessi alla sua qualità di potere pubblico […] Pertanto, al momento della valutazione della razionalità economica di una misura statale, richiesta dal principio dell'operatore privato, la Corte ha ritenuto di dover escludere gli oneri derivanti, per lo Stato, dal licenziamento dei lavoratori, dal pagamento dei sussidi di disoccupazione e dagli aiuti alla ricostruzione del tessuto industriale… e anche dalle garanzie concesse e dai crediti detenuti dallo Stato, poiché essi stessi costituiscono aiuti di Stato […] In particolare, per quanto riguarda tale ultima ipotesi, la Corte ha precisato che, dal momento che, con la concessione di un aiuto, uno Stato membro persegue, per definizione, obiettivi diversi dalla redditività dei mezzi messi a disposizione delle imprese, si deve ritenere che tali mezzi siano, in linea di principio, concessi dallo Stato nell'esercizio delle sue prerogative di potere pubblico […]»[14]. Insomma, non sarebbe consentito giustificare la rinuncia alla redditività con il perseguimento di obiettivi pub-

[12] Corte giust. eur., 21 marzo 1991, in causa C-305/89, *Repubblica italiana contro Commissione delle Comunità europee*.

[13] Trib. I Grado Comunità Europee, 12 dicembre 2000, in causa T-296/97, *Alitalia contro Commissione delle Comunità europee*.

[14] Corte giust. eur., grande sezione, 6 marzo 2018, in causa C-579/16 P, *FIH Holding A/S*, punti 55-57.

blicistici-sociali che, per quanto antilucrativi, comunque giovino al socio pubblico nella sua veste "pubblicistica" (o meglio, agli interessi collettivi di cui sia istituzionalmente portatore). In particolare, non si può nemmeno adottare una logica di finanza pubblica vista nel suo complesso: la circostanza che per il socio pubblico possa, in fin dei conti, costare meno salvare un'impresa piuttosto che farsi carico poi, nella sua veste pubblicistica, degli oneri economici generali della sua liquidazione non è, di per sé, ragione giustificatrice dell'intervento pubblico, perché questo deve muoversi esclusivamente in una logica di «razionalità economica intrinseca»[15] di tipo privatistico.

Grazie al suo inserimento nella legge delega, il modello dell'investitore razionale che (necessariamente) punta a (la massimizzazione de) gli utili è divenuto principio generale di delega e con ciò – contemporaneamente – canone di interpretazione del dettato dell'intero Testo unico; quest'ultimo, ove in contrasto con tale indicazione di generale redditività-lucratività, dovrebbe ritenersi in violazione dell'art. 76 Cost., e quindi (per quanto possibile) da diversamente interpretare.

Invero, il riferimento (assai ampio e generico) a «flussi finanziari, sotto qualsiasi forma» non può che riguardare tutti i profili economici dei rapporti tra socio pubblico e società. Peraltro, che il tema della remunerazione del capitale investito sia centrale nell'accertamento della legittimità delle relazione finanziarie tra stato e imprese pubbliche è confermato ed anzi reso palese anche dall'art. 3 della Direttiva 2006/111/CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese, ove si menziona espressamente un obbligo di trasparenza in relazione a «la rinuncia ad una remunerazione normale delle risorse pubbliche impiegate».

Il principio dell'investitore privato razionale, insomma, in quanto criterio astratto, perde quei caratteri di regola di massima (poi in vario modo adattabile in concreto) che presenta in sede europea, per acquisire un ben più rigido e generale valore di principio legislativo, per di più (e soprattutto) sganciato dalla necessità di accertare in concreto l'idoneità del discostamento dal canone dell'investitore privato a costituire un aiuto vietato (si pensi solo ai requisiti, cumulativamente richiesti in sede europea, della dazione di un beneficio e della capacità di incidere sugli scambi intracomunitari e di falsare la concorrenza; nonché, in negativo, alla esenzione generale per gli aiuti c.d. "*de minimis*" e per quelli giustificati da alcuni tassativi obiettivi di interesse generale).

Il criterio dell'investitore privato risulta in altri termini sempre rilevante, pur laddove non sarebbe nella specie in realtà ipotizzabile un aiuto di stato vietato in sede europea: esso infatti si riconnette sì alla disciplina sugli aiuti di Stato, ma

[15] Corte giust. eur., grande sezione, 6 marzo 2018, in causa C-579/16 P, cit, punto 67.

non viene condizionato nella sua vincolatività per il legislatore delegato e quindi per l'interprete dai limiti ed eccezioni alla applicabilità di quest'ultima (che, non a caso, nemmeno è espressamente richiamata). Si tratta, in altre parole, ormai di un criterio assoluto, che non vale solo a prevenire aiuti di stato, bensì a conformare più complessivamente le relazioni economiche tra ente pubblico e società partecipata. La soglia di tutela della redditività è, per così dire, spostata ad un livello più "anticipato" rispetto che nel diritto degli aiuti di Stato.

Infine, non può trascurarsi il più generale criterio di delega della legge di riforma della Pubblica amministrazione (art. 16, comma 2, l. n. 124 del 2015) di legiferare in modo chiaro, ai fini di un «coordinamento formale e sostanziale», con indicazione esplicita delle abrogazioni e limitandosi alle «modifiche strettamente necessarie». Con il che eventuali deroghe alla (fino a oggi vigente) disciplina privatistica dovrebbero non solo essere ridotte allo stretto necessario, ma anche risultare in modo esplicito.

In sintesi, alla luce dei criteri di delega, o deviazioni dal diritto privato sono necessarie, ovvero non sono nemmeno ipotizzabili. Sono poi comunque vietate (principio dell'investitore razionale, ormai assolutizzato e quindi emancipato dalla sola disciplina degli aiuti di stato) scelte tali da mortificare la redditività (i.e. lucratività) della società, con ciò di nuovo (e coerentemente) indirizzando la società a partecipazione pubblica nell'alveo delle linee più caratterizzanti del comune diritto societario. Da ultimo, ipotetiche deroghe eventualmente introducibili avrebbero dovuto risultare espressamente previste, mentre di esse, come subito vedremo, non si ritrova alcuna traccia.

3. *Il Testo Unico*

Ma sul punto cosa dice, infine, il Testo unico?

Esso non affronta direttamente lo scopo di lucro. Ma questo non è senza significato: anzi, vuol dire che non vi è nessuna deroga alla comune causa societaria di cui all'art. 2247 c.c., ossia allo scopo di massimizzare il lucro oggettivo e soggettivo. Lo scopo di lucro, secondo il diritto societario, è eventualmente attenuabile (ma non eliminabile) sul piano del (solo) lucro soggettivo esclusivamente nel contesto dei presupposti oggettivi e procedurali stabiliti dalla nuova disciplina sulle società c.d. *benefit* di cui all'art. 1, l. 28 dicembre 2015, n. 208 commi 376-384[16]. Quest'ultima disciplina peraltro è di non scontata applicabilità alle

[16] Sulla rilevanza della legge sulle società benefit, al fine di sostenere l'inderogabilità da parte dell'autonomia privata dello scopo di lucro, anche nello specifico contesto delle società a partecipazione pubblica, E. Codazzi, *La società in house*, cit., 182 ss.

partecipate pubbliche, atteso il principio, di cui all'art. 3 del Testo unico, di tipicità delle società a cui l'ente pubblico può partecipare, nonché il rinvio contenuto all'art. 1, co. 3 alle sole «norme sulla società contenute nel codice civile» (oltre che alle «norme generali di diritto privato», che però paiono cosa diversa da norme derogatorie dell'ordinario regime societario contenute in leggi speciali).

Come più volte ricordato dalla Cassazione, il Testo unico ha dunque voluto rinviare al comune diritto societario, dimostrando «di voler applicare (cfr. art. 1), per quanto non espressamente derogato, le norme del codice civile e quelle del diritto privato»[17], e così affermando «definitivamente» «la riconduzione delle società a partecipazione pubblica all'ordinario regime civilistico.»[18]. Sicché, persino a fronte di una società *in house*, il terzo creditore deve poter far affidamento sulla «natura privata del soggetto», e sulla «esistenza di deroghe del regime ordinario limitatamente a quelle espressamente previste»[19].

La citata Cass. n. 3196/2017 ne ha subito tratto la (invero strettamente consequenziale) notazione della piena permanenza dello scopo lucrativo, e, quindi, del carattere extrasociale dell'interesse pubblico alla base della partecipazione pubblica. Una diversa conclusione richiederebbe difatti un chiaro fondamento legislativo, nella specie assente ed anzi smentito dal Testo unico: «non è pertan-

[17] Così, Cass. pen., sez. VI, 4 aprile 2018, n. 30441.

[18] Cass., sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24591: «In tema di società partecipata da un ente locale, pur quando costituita secondo il modello del cd. "*in house providing*", le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci, ai sensi dell'art. 2449 c.c., spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, non di quello amministrativo, perchè investono atti compiuti dall'ente pubblico "*uti socius*", non "*jure imperii*", e posti in essere "a valle" della scelta di fondo per l'impiego del modello societario, ogni dubbio essendo stato sciolto a favore della giurisdizione ordinaria dalla clausola ermeneutica generale, in senso privatistico, prevista dall'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 135 del 2012, oltre che dal principio successivamente stabilito dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016 (nella specie, peraltro, inapplicabile "ratione temporis"), a tenore del quale, per tutto quanto non derogato dalle relative disposizioni, le società a partecipazione pubblica sono disciplinate dalle norme sulle società contenute nel codice civile».

Si veda poi, in tema di fallibilità, Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196: «D'altronde lo stesso legislatore ha avuto modo di chiarire, al d.l. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13, (cd. *spending review,* vigente all'epoca della dichiarazione di fallimento Trib. Como 17.2.2014 e poi abrogata, per il periodo d'interesse, dal D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175), la sussistenza di una norma generale di rinvio alla disciplina codicistica, secondo cui «le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali». Tale norma può essere richiamata come ulteriore conferma dell'indirizzo qui applicato, dunque in chiave di concorrente interpretazione autentica e chiusura. Essa poi è stata ripresa dal d.lgs. n. 175 del 2016, nuovo art. 1, comma 3 («Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato»). Il d.lgs. n. 175 del 2016, art. 14, infine, con disposizione che prende atto di un indirizzo maturato nella giurisprudenza concorsuale, ha a sua volta precisato che «le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39».

[19] Così, da ultimo, Cass., sez. un., 10 aprile 2019, n. 10019.

to invocabile, a fronte della partecipazione dell'ente pubblico, un procedimento di riqualificazione della natura del soggetto partecipato, nemmeno all'insegna della categoria, di volta in volta da disvelare, di una società di diritto speciale. Come detto, solo quando ricorra una espressa disposizione legislativa, con specifiche deroghe alle norme del codice civile, potrebbe affermarsi la realizzazione di una struttura organizzata per attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c., con la possibile emersione normativa di un tipo con causa pubblica non lucrativa. In difetto di tale intervento esplicito, il fenomeno resta quello di una società di diritto comune, nella quale pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che attiene al funzionamento della società convivono. E se è vero che l'ente pubblico in linea di principio può partecipare alla società soltanto se la causa lucrativa sia compatibile con la realizzazione di un proprio interesse (secondo norme e vincoli resi più stringenti dal d.lgs n. 175 del 2016), una volta che comunque la società sia stata costituita, l'interesse che fa capo al socio pubblico si configura come di rilievo esclusivamente extrasociale, con la conseguenza che le società partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque natura privatistica (Cass. s.u. 17287/2006)». Inoltre, a consentire disordinate riqualificazioni in senso pubblicistico delle società partecipate (per di più, lo si ripete, nella specie *in house*) si lederebbe l'affidamento dei terzi che con esse vengano a contatto: «il sistema di pubblicità legale, mediante il registro delle imprese, determina… nei terzi un legittimo affidamento sull'applicabilità alle società ivi iscritte di un regime di disciplina conforme al *nomen juris* dichiarato, affidamento che, invece, verrebbe aggirato ed eluso qualora il diritto societario venisse disapplicato e sostituito da particolari disposizioni pubblicistiche»[20].

La piena attualità dello scopo di lucro è confermata anche dalla scelta del Testo unico di non introdurre alcuna deroga all'art. 2497 c.c.: esso tutela i soci esterni al gruppo di controllo e i creditori contro «le società e gli enti» che, nell'esercizio della attività di direzione e coordinamento, agendo «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società», producano pregiudizio «alla redditività ed al valore della partecipazione sociale», ovvero «all'integrità del patrimonio sociale»[21]. Come si legge nel paragrafo 13 della relazione governativa alla rifor-

[20] Sul punto, insiste con condivisibili considerazioni, C. Ibba, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giur. ec.,* 2015, 409 ss., in part. 411.

[21] Sul suo rilievo in relazione alle società in mano pubblica, E. Codazzi, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 comma 1, c.c.*, in *Giur. comm.,* 2015, 1041 ss.; ma *contra,* rispetto alla assoggettabilità degli enti pubblici alla disciplina sulla direzione e coordinamento, M. Carlizzi,

ma[22], e come del resto espressamente chiarito dal riferimento letterale alla «redditività» nell'art. 2497 cit., tra gli interessi così tutelati in capo ai soci, vi è proprio quello agli utili, visto come uno dei «valori essenziali del «bene» partecipazione sociale». Ebbene, il termine «enti» può agevolmente ricomprendere anche gli enti pubblici (diversi dallo Stato, ai sensi di una successiva legge di interpretazione autentica, che peraltro *a contrario* conferma la piena soggezione di tutti gli altri enti pubblici anche territoriali a questa ipotesi di responsabilità e, con ciò, al dovere di preservare la redditività della società[23]).

La piena soggezione di ogni ente pubblico a tale responsabilità trova del resto oggi importante conferma nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*), ove, nell'attuare il principio di delega di cui all'art. 3, co. 1, lett. a), l. 19 ottobre 2017 n. 155, di «prevedere una definizione di gruppo di imprese modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497, e seguenti nonché di cui all'articolo 2545-septies del codice civile corredata della presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile», ha definito, all'art. 1, co. 2, lett. *h*, gruppo di imprese «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto». Quindi nessun dubbio residuo può esservi quanto alla *voluntas legis* che il termine ente ricomprenda anche ogni ente pubblico diverso dallo Stato: come tale a tutti gli effetti riconducibile ad un rapporto di gruppo, con tutto ciò che ne consegue anche in termini di responsabilità civile e nelle procedure di insolvenza.

Del resto, che lo scopo di lucro caratterizzi anche le partecipate e debba permeare le scelte del socio pubblico si deriva anche dall'art. 12, co. 2, del Testo unico, ove, nel disciplinare il profilo della responsabilità, si precisa che «Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.». Sembra così quasi farsi riferimen-

---

da ultimo in *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica,* in Aa.Vv., *La* governance *delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016,* a cura di G. Guizzi, Milano, 2017, 341 ss.

[22] In *Riv. soc.*, 2003, 112 ss.

[23] Art. 19, d.l. n. 78 del 2009, secondo cui l'art. 2497 cit. si deve interpretare nel senso che «per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria». Essa, *a contrario,* conferma la piena soggezione degli altri enti pubblici alla previsione risarcitoria.

to alla teoria del *shareholder value* (del resto ampiamente alla base della complessiva riforma del diritto societario del 2003[24]). Dunque la persona fisica che rappresenta il socio pubblico deve (a pena di responsabilità erariale) impegnarsi per non pregiudicare il valore della partecipazione (i.e., un dato strettamente connesso alla capacità della società di essere impresa redditizia). Come notato in uno dei suoi ultimi interventi in tema di società in mano pubblica e riparto di giurisdizione dalle Sezioni Unite, «il socio pubblico che detiene una quota del patrimonio di una società privata ha il dovere di fare tutto il possibile affinché tale partecipazione venga indirizzata in vista del raggiungimento del miglior risultato possibile; per cui, se egli omette di compiere quanto è in suo potere in vista di tale obiettivo, egli in concreto determina la perdita di valore della sua quota di partecipazione all'interno della società, il che si traduce in un danno erariale»[25]. Insomma (come già nell'art. 2497 c.c.) da una disciplina di responsabilità si può di nuovo agevolmente derivare, *a contrario*, l'inderogabilità della finalità dell'incremento dell'interesse economico comune ai soci, nonché la sua stretta connessione, nella specie, con l'interesse erariale, e, con ciò, la sua superprotezione proprio nel contesto delle partecipazioni pubbliche. In effetti, proprio la giurisdizione contabile, grazie ai suoi caratteri di ufficiosità, può rappresentare un fondamentale presidio a tutela della vocazione alla produzione di ricchezza delle società in mano pubblica e, con ciò, della loro capacità di contribuire all'equilibrio (invece che al disordine) delle finanze pubbliche. Ciò in coerenza con (ed in attuazione de) l'art. 97, co 1, Cost., che impone a tutte le Pubbliche Amministrazioni di contribuire ad assicurare «l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

È però forse la disciplina sul fallimento a rappresentare il momento di più chiara emersione di un approccio privatistico, che rifiuta la funzionalizzazione a scopi pubblicistici (incompatibile con quello lucrativo) delle partecipate[26].

Pur in mancanza di qualsivoglia effettivo dato legislativo che potesse giustificare una simile conclusione, negli ultimi anni vari erano stati difatti i tentativi giurisprudenziali di assimilare società in mano pubblica ed enti pubblici, al fine dell'esclusione delle prime dalla fallibilità.

Infatti, prima la normativa codicistica (art. 2221 c.c.) e la legge fallimentare (art. 1, R.D. 16 marzo 1942, n. 267) e oggi l'art. 1, d.lgs. n. 14 del 2019 han-

---

[24] Cfr. R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali,* in *Giur. comm.,* 2003, 661 ss., ove si segnala il rilevante valore sistematico della norma introduttiva della responsabilità da direzione unitaria, in quanto riconducibile al principio del *shareholder value* (ossia della primaria attenzione agli interessi economici dei soci, anche se di minoranza), che costituirebbe «l'idea-guida del dibattito, che, raccogliendo gli stimoli della dottrina statunitense, ha influenzato il processo di riforma del diritto societario di questi ultimi anni […]» (664).

[25] Cass., sez. un., 28 giugno 2018 n. 17188.

[26] Sul tema, E. Codazzi, F. Goisis, *La crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica,* in Aa.Vv., *Le società pubbliche nel Testo Unico,* a cura di F. Cerioni, Milano, 2017, 395 ss.

no sempre coerentemente previsto un'espressa esenzione dall'applicazione delle disposizioni in materia di fallimento (ora delle disposizioni in tema di situazioni di crisi o insolvenza del debitore) a favore dello Stato e degli enti pubblici (pur ove anche) economici. Trattasi di uno dei più noti tasselli del particolare "statuto" (*i.e.* regime, in questo caso di privilegio), che caratterizza, nel nostro ordinamento, la persona giuridica di diritto pubblico (ossia l'ente pubblico): in particolare, tale esenzione si spiegherebbe con l'essenzialità ed indisponibilità dell'esistenza in vita dell'ente, quale riflesso dell'indisponibilità degli interessi pubblici *ex lege* affidati alla sua cura[27]. Peraltro, dalla procedura fallimentare potrebbero ritenersi discendere tanto un'ingerenza dell'autorità giudiziaria in ambiti riservati all'autorità amministrativa, quanto un'interruzione del pubblico servizio (o funzione) esercitato dall'ente pubblico; il che, appunto, risulterebbe incompatibile con l'idea stessa della irrinunciabilità degli interessi pubblici e quindi della necessaria continuità delle relative funzioni di cura da parte della Pubblica amministrazione[28].

L'art. 14, comma 1, del Testo unico, precisa ora che «le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi …».

L'applicazione della comune disciplina fallimentare è imposta anche in relazione alle società *in house*. Nella relazione governativa del luglio 2016 all'ulteriore testo inviato al Parlamento di bozza di testo unico (*i.e.*, alla versione poi effettivamente entrata in vigore) si rivendica, a tal proposito, una «impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame», su questa base giustificandosi il rifiuto di discriminare (come pure proposto dal parere del Consiglio di Stato[29]), sotto tale profilo, tra regime generale e quello applicabile a società *in house* e strumentali[30].

Il rilievo sistematico della scelta legislativa di complessiva soggezione delle società in mano pubblica al comune diritto fallimentare si apprezza però soprattutto ove se ne colga il necessario presupposto logico: la società può fallire e quindi cessare di operare ed esistere, proprio perché non persegue direttamente l'inte-

---

[27] Sul tema, F. Goisis, voce *Ente pubblico,* cit., spec. 427 ss.

Sul punto anche il parere del Consiglio di Stato, 21 aprile 2016 cit., par. II, 12, ove si legge che «l'esclusione, nell'impostazione tradizionale, si giustificava in ragione del fatto che le regole di diritto comune, applicate agli enti pubblici economici, avrebbero finito per incidere sull'esistenza stessa dell'ente stesso. La "essenzialità" dell'ente imponeva, pertanto, la sua esclusione dall'applicazione delle procedure concorsuali».

[28] Sulla copertura costituzionale, *ex* art. 97 della Costituzione, del principio di continuità dell'azione amministrativa, vedi, da ultimo, Corte cost., 20 maggio 2008, n. 161.

[29] Parere 21 aprile 2016 cit., par. II, 12: «La Commissione si limita a segnalare come l'art. 18, comma 1, lettera *i*) della legge delega preveda la «possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento». Si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società *in house*.».

[30] *Relazione illustrativa,* cit., *sub* art. 14.

resse pubblico connesso alla funzione esercitata. Tale funzione (oggetto sociale) è solo l'occasione per il conseguimento di determinati obiettivi economici. Non invece il fine della società, che rimane lucrativo (causa sociale).

Insomma, in linea con un sempre importante chiarimento concettuale già offerto dal Cammeo[31] (e purtroppo spesso dimenticato), il legislatore delegato sembra consapevole della distinzione e fondamentale distanza tra oggetto e causa sociale, con ciò escludendo l'applicabilità alle società pubbliche delle tradizionali ragioni che si oppongono al fallimento dei soggetti davvero (formalmente e sostanzialmente) pubblici.

Peraltro, moltissime sono le previsioni inserite nel Testo unico che, in attuazione dell'art. 97 Cost., mirano, a ben vedere, a garantire la vocazione lucrativa delle società a partecipazione pubblica.

In genere esse si ritrovavano, in modo più o meno identico, anche nella sparsa legislazione preesistente. è chiaro però come il loro coordinamento in un unico *corpus* legislativo ne favorisca e legittimi una piena valorizzazione sistematica.

Si assiste così ad un fenomeno che, sotto certi profili (almeno alla luce del dibattito amministrativistico sulle società in mano pubblica), potrebbe apparire quasi paradossale[32]: la partecipazione pubblica, lungi che attenuare la regola della redditività-lucratività, si traduce, a ben vedere, in un numero maggiore di previsioni poste a garanzia di tale finalità. Gli interessi economici erariali sono difatti, specie grazie al superprincipio (di rango costituzionale) di economicità dell'azione amministrativa, indisponibili. Come tali (anche in reazione a diffuse, passate, disapplicazioni) giustificano previsioni imperative che, aggiungendosi alla (già in sé inderogabile) causa lucrativa, la rafforzano in relazione ad alcuni profili critici.

---

[31] F. Cammeo, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, 1947, 28-29: «…col dare per legge, come nel caso, ad un ente la forma di società commerciale, lo Stato viene a definire privata la relativa attività e privato il relativo ente». E ciò anche e soprattutto perché «lo scopo delle società commerciali è il reparto tra i soci degli utili (lucri nella società a scopo di lucro) o dei risparmi di spese (nelle società mutualistiche, come le cooperative), nonché delle perdite, mentre il genere di commercio cui le società si dedicano non è affatto lo scopo loro quali persone giuridiche, bensì, come dice la legge, ne è «l'oggetto» (art. 89 n. 2, 133 cod. comm.), ossia il mezzo per raggiungere lo scopo. Sicché dal contenuto della attività che una società commerciale esercita non può mai desumersi la natura di essa. La società commerciale, qualunque ne sia l'oggetto, ha sempre uno scopo di carattere privato, l'utilità e l'onere dei soci come singoli. In proposito vi è un'assoluta inversione rispetto ai corpi morali; per questi l'attività che esercitano è lo scopo: occorre ricercare se intrinsecamente esso è pubblico o privato per definire l'ente. Gli eventuali lucri ripartibili fra coloro che hanno costituito il capitale, costituiscono un fenomeno accidentale, al raggiungimento del quale lo scopo funziona da mezzo».

[32] Rimando sul punto a F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in questa *Rivista,* 2012, 41 ss.

4. *Conclusioni*

In conclusione, emerge dal Testo unico un modello di società a partecipazione pubblica saldamente fedele agli elementi essenziali del tipo società di capitali previsti dal Codice civile, con conseguente appartenenza al diritto privato.

Colgono insomma nel segno le Sezioni Unite quando, anche da ultimo, ribadiscono la equiparazione tra società in mano pubblica e, rispettivamente, privata, secondo delle linee evolutive «culminate nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175»[33]

Così procedendo, il legislatore ha evitato una impropria confusione tra logica deontica, del dover essere (propria della esperienza giuridica) e realtà effettuale. In quest'ultima naturalmente non sono mai mancati (né presumibilmente mancheranno) snaturamenti e abusi dell'istituto societario, specie da parte di soci pubblici dominanti. Ma tali patologie debbono essere sanzionate, non utilizzate per sostenere la disapplicazione della causa societaria legalmente data. Tanto più che essa riflette e garantisce anche obiettivi generali di rango costituzionale (equilibrio di bilancio) ed europeo (concorrenza).

Vi sono, invero, nel Testo unico alcune previsioni di specie di stampo pubblicistico. Ma esse, di nuovo, paiono attuative del principio di economicità dell'azione amministrativa (nonché di quello dell'investitore razionale). Come tali, esse sono in realtà perfettamente coerenti ed anzi rafforzative dello scopo lucrativo e, con ciò, dell'appartenenza al diritto privato dell'impresa a partecipazione pubblica.

Le esigenze più propriamente pubblicistiche, dunque, non entrano quale causa sociale ma vengono confinate nella fase pubblicistica, che precede la scelta se partecipare alla società e quale oggetto per essa prescegliere.

La società risulta così ricondotta al ben noto schema dualistico della evidenza pubblica. Quest'ultimo consente (come di consueto) di meglio preservare la tipicità privatistica del contratto (e, in questo caso, della persona giuridica che ne deriva), affidandolo unicamente al diritto privato e al suo giudice.

E, sia chiaro, a differenza di quanto ipotizzato in raffinate elaborazioni dottrinali di qualche decennio fa[34], si tratta qui di un'evidenza pubblica statica (che riguarda la scelta se partecipare alla società, ovvero se dismettere la partecipazio-

[33] Cass., sez. un., 9 agosto 2018, n. 20684.

[34] In questo senso, si veda A. Rossi, *Le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici e le società d'interesse nazionale,* in *Trattato di diritto privato,* diretto da P. Rescigno, vol. XVII, Torino, 1985, 183 ss., la società in mano pubblica avrebbe sì causa astrattamente lucrativa, epperò di fatto sistematicamente (e legittimamente) derogata, laddove in concreto contrasto con l'interesse pubblico. Ciò perché l'ente pubblico autoritativo, ex art. 11 c.c., sarebbe soggetto al diritto comune (solo) nei limiti della sua aderenza all'interesse pubblico.

Per una più recente valorizzazione dell'evidenza pubblica nelle partecipate, cfr. R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica,* Napoli, 2012, ove però al termine è assegnato il più generale valore di preservazione, tramite un insieme di regole speciali, della funzionalizzazione all'interesse pubblico delle risorse investite dal socio pubblico nella società (la quale rimane peraltro privatistica e disciplinata dal Codice civile).

ne), non di un'evidenza pubblica dinamica, capace, in tesi, di orientare pubblicisticamente ogni specifica scelta della società, attraverso un generale vincolo di scopo pubblicistico. La società è, in coerenza con l'art. 2247 c.c., chiamata alla autodestinazione dei risultati, e così è posta in "ontologica"[35] incompatibilità con quel «servizio esclusivo della Nazione» con cui l'art. 98 Cost. scolpisce la finalità necessaria (massimamente orientata alla eterodestinazione) della Pubblica Amministrazione.

Si assiste allora ad una sistemazione delle tradizionali problematiche proprie dell'impresa pubblica in forma societaria in massima parte persuasiva: in particolare, essa pare capace di coniugare le ragioni dell'interesse pubblico (peraltro necessariamente conformato all'art. 97, co. 1, Cost.) con la tipicità – saldamente imprenditoriale-lucrativa – delle società. In quest'ultima, come ben osservato dal Consiglio di Stato, gli atti che «si pongono a valle della scelta originaria di utilizzo del modello societario […] riguardano una fase privatistica e restano disciplinati dal diritto commerciale»[36]. Con l'applicazione del diritto commerciale, inevitabilmente, si recepiscono anche le relative "logiche", estranee a quella funzionalizzazione all'interesse pubblico, invece tipica del diritto pubblico-amministrativo. In altri termini, ci si pone in coerenza con il canone dell'investitore privato razionale, proprio del diritto europeo della concorrenza e, di conseguenza, della legge delega.

In tal modo, si apprezza un'oggettiva discontinuità rispetto alla diffusa tendenza, accennata all'inizio di questo scritto, ad offuscare la distinzione tra soggetto pubblico ed impresa privata-lucrativa.

Ben venga tale discontinuità: il rischio, altrimenti, è (come l'esperienza degli ultimi decenni già mostra) quello di mortificare la coerenza di alcuni concetti di base su cui si regge il nostro ordinamento, nonché, per quel che forse più importa, la capacità delle partecipazioni pubbliche di produrre ricchezza, in vista della del suo successivo impiego, da parte dei soci pubblici, per il perseguimento dei propri compiti istituzionali di eterodestinazione alla Nazione.

[35] N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003, 162, parla di «contrasto ontologico» tra fine di lucro e pubblicità. Ammette l'astratta incompatibilità tra causa lucrativa *ex* art. 2247 c.c. e

[36] Così, Cons. Stato sez. IV, 26 ottobre 2018, n. 6088.

Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico

Con il presente scritto, l'Autore coglie, nell'evoluzione normativa culminata nel Testo unico di cui al d.lgs., n. 175/2016, conferma della natura privatistica e pienamente lucrativa delle società a partecipazione pubblica (assoggettate ex art. 1, comma 3, alla disciplina codicistica delle società di capitali).
Oltre alle diverse previsioni del Testo unico che avvalorano tale ricostruzione (si pensi, in particolare, a quella di cui all'art. 14, comma 1, che sottopone tutte le società partecipate, comprese quelle *in house*, a fallimento e alle altre procedure concorsuali), rilevanza centrale in tale contesto assume quel principio di legge delega (art. 18, comma 1, lett. l)) che, "nella regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate", fa riferimento al criterio del cd. "operatore di mercato" (da intendersi come "investitore privato razionale"): la collocazione di tale principio tra i criteri di legge delega conferisce, infatti, ad esso una portata generale (che va al di là della disciplina degli aiuti di Stato), così da impedire al socio pubblico scelte incompatibili con il canone di necessaria redditività dell'investimento.

The Consolidated Law on public companies: cost-effectiveness and necessary return on public investment

In this article, given the normative evolution culminating in the Consolidated Law referred to in Legislative Decree, No. 175/2016, the author takes stock of the private and fully lucrative nature of publicly owned companies (subject to the provisions of art. 1, paragraph 3, and to the rules governing corporations). In addition to the various provisions of the Consolidated Law that support this reconstruction (in particular, that referred to in Article 14, paragraph 1, which submits all investee companies, including in-house companies, to bankruptcy and other insolvency proceedings), central importance in this context is attributed to the principle of delegated law (Article 18, paragraph 1, letter l) which, "in the regulation of financial flows, in any form, between public administration and investee companies," refers to the criterion of the so-called 'market operator' (to be understood as a 'rational private investor'): the placement of this principle among the delegated law criteria in fact gives it a general scope (which goes beyond the rules of state aid), so as to prevent the public partner from making choices that are incompatible with the necessary return on investment.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 39-49

Articoli e saggi

Società pubbliche e responsabilità degli amministratori: alcuni spunti per una discussione ancora aperta*

Carlo Ibba

Sommario: 1. L'inquadramento privatistico delle società pubbliche. – 2. Inquadramento privatistico e principio di proporzionalità delle deroghe. – 3. Inquadramento privatistico e norme derogatorie anteriori al testo unico: un esempio in tema di responsabilità. – 4. Uno sguardo al dibattito in merito alla giurisdizione sulle azioni di responsabilità: dalle origini fino al testo unico. – 5. *segue:* … e dopo il testo unico. – 6. Il problema della legittimazione surrogatoria del pubblico ministero contabile. – 7. Una conclusione più generale.

1. *L'inquadramento privatistico delle società pubbliche*

Le cose che dirò sono appunto, per stare al titolo del nostro incontro, "spunti per una discussione", concernenti per lo più il problema della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi sociali; toccherò appena, invece, la discussione sulla natura delle società a partecipazione pubblica.

Tutto sommato, infatti, mi pare poco produttivo interrogarsi sulla "reale natura" – pubblica o privata – di un determinato ente per poi magari pretendere di ricavarne, sillogisticamente, la soggezione a tutto (e solo) il diritto pubblico ovvero a tutto (e solo) il diritto privato; soluzione in astratto semplicissima ma non rispondente allo stato della nostra legislazione, nella quale è agevole constatare che la disciplina delle società pubbliche è data dal combinarsi di regole privati-

* Il lavoro trae spunto dall'Intervento svolto al Convegno su *Le società a partecipazione pubblica: spunti per una discussione ad un anno dal decreto correttivo n. 100/2017*, organizzato dal Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università di Milano, nella sessione introduttiva dedicata a "Natura e problemi di giurisdizione" (Milano, 6 luglio 2018).

stiche e regole pubblicistiche, cogliendosi anche qui, ben visibili, i segni di quella "ibridazione degli istituti" che è fenomeno di assai più ampia portata.

Questa constatazione però non risolve tutti i problemi, perché ci sono casi in cui le regole di stampo privatistico e quelle di stampo pubblicistico non sono compatibili e non possono coesistere nello statuto di un determinato ente o di una determinata categoria di enti, per cui l'interprete è costretto a scegliere se applicare le une o le altre (ad esempio, le società *in house* possono fallire come le comuni società o sono esonerate dal fallimento come gli enti pubblici?).

Al riguardo, per ragioni abbastanza note e sulle quali non torno[1], il legislatore del testo unico – riproponendo nella sostanza un precetto presente nell'ordinamento dal 2012[2] – ha stabilito all'art. 1, 3° co., che, « per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato»; e la Suprema Corte ha già avuto occasione di indicare la disposizione fra quelle che « definitivamente esplicitano la riconduzione delle società a partecipazione pubblica all'ordinario regime civilistico»[3].

2. *Inquadramento privatistico e principio di proporzionalità delle deroghe*

Quanto appena detto merita una duplice precisazione. La prima è che la norma riportata vale per tutte le società a partecipazione pubblica, incluse quelle sottoposte a controllo pubblico e quelle *in house*; categorie, queste due, che sono pensabili come sottoinsiemi della prima e come tali ricadono nel campo di applicazione delle norme dettate per la categoria più generale; e anche questo è stato già sottolineato dalla Suprema Corte oltre che dalla dottrina[4].

La seconda è che l'effettività dell'inquadramento privatistico delle società pubbliche, naturalmente, dipende dall'ampiezza delle deroghe apportate al diritto societario comune; e qui non tutte le opinioni concordano[5]. Certo è che parec-

[1] Ne ho trattato diffusamente in *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. Comm.*, 2018, I, 958 ss.

[2] Mi riferisco all'art. 4, 13° co., quarto periodo, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, abrogato dall'art. 28, lett. *q*, d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 («Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica»).

[3] Così si legge nella motivazione di S.U. 1° dicembre 2016, n. 24591; e v. anche Cass. 7 febbraio 2017, n. 3196.

[4] Cfr. ancora Cass., S.U., 1° dicembre 2016, n. 24591, cit.; e nella letteratura M. Dugato, *Efficienza e responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in Munus, 2016, 534 s.; C. Ibba, *Introduzione*, in *Le società a partecipazione pubblica,* diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 4 s., 12 s.

[5] Ve ne sono di autorevolissime che addebitano al legislatore, a dispetto delle apparenze, una "ripubblicizzazione" della disciplina: così S. Cassese, *Stato e mercato: così partecipate e multiutility sfuggono alle regole*, in *L'Economia del Corriere della sera*, 9 aprile 2018, 6; e A. Police, *Corte dei conti e società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, in Munus, 2016, 559; più articolata la posizione di Giamp. Rossi, *Le socie-*

chi enunciati si prestano a letture notevolmente divergenti fra loro. Molto dunque è lasciato alla discrezionalità dell'interprete, che potrà salvaguardare l'inquadramento privatistico di fondo dando una lettura delle norme derogatorie restrittiva e tale da non accentuare i tratti di specialità del regime; e a ben vedere credo che proprio questo imponga di fare il principio di proporzionalità, d'ispirazione comunitaria, dettato dalla legge-delega[6], principio che legittima le sole deroghe al diritto comune necessarie ad assicurare la tutela degli interessi pubblici di volta in volta perseguiti (senza le quali, cioè, quegli interessi non troverebbero tutela) e che, oltre, a indirizzare l'opera del legislatore delegato, non può non avere un'indubbia valenza, appunto, sul piano interpretativo[7].

Credo quindi che la propensione a letture marcatamente pubblicistiche o comunque tendenti ad ampliare oltre misura l'area dei vincoli e dei controlli, che pure in alcune sedi emerge, non sia fondata e meriti di essere contrastata. Penso ad esempio al tentativo di equiparare al controllo pubblico congiunto la semplice partecipazione pubblica plurima prevalente, ravvisando il concerto fra più soci pubblici, sostanzialmente, nel puro formarsi della maggioranza assembleare relativamente a una delibera di aumento del capitale[8], con il conseguente dilatarsi della nozione di società a controllo pubblico e dello statuto speciale ad essa correlato.

---

tà partecipate fra diritto privato e diritto pubblico, in *Le "nuove" società partecipate e* in house providing, a cura di S. Fortunato, F. Vessia, Milano, 2017, 31 ss.; come pure quella di M. Clarich, B.G. Mattarella, *Prefazione*, in *Il Testo unico sulle società pubbliche*, diretto da G. Meo, A. Nuzzo, Bari, 2016, 9 ss.

[6] Cfr. l'art. 18, 1° co., lett. *a*, l. 124/2015.

[7] La riconduzione al diritto comune dell'impresa e delle società è altresì argomentabile dalla valorizzazione dei criteri – pur essi di derivazione comunitaria – di "parità di trattamento tra imprese pubbliche e private" e dell' «operatore di mercato» (art. 18, 1° co., lett. *l,* l. 124/2015), che, con il loro riferirsi alla «regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate», appaiono idonei a informare tutti i profili economici del rapporto fra socio pubblico e società partecipata, con ciò elevandosi a "canone di interpretazione del dettato dell'intero testo unico: così F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in questa *Rivista*, 2017, 7 ss.

[8] Mi riferisco all'*Orientamento ai sensi dell'art. 15, co. 2, d.lgs. 175/2016*, diffuso il 15 febbraio 2018 dalla struttura di monitoraggio di cui all'art. 15 t.u., secondo il quale sarebbe ravvisabile un controllo congiunto qualora più Pubbliche Amministrazioni esercitino il controllo cumulativamente, «mediante comportamenti concludenti, pure a prescindere dall'esistenza di un coordinamento formalizzato»; ed all'applicazione che ne ha fatto la Corte dei conti, la quale ad esempio, in sede di riesame della ricognizione straordinaria operata dal Comune di Bologna sulle proprie partecipazioni, ha fra l'altro ritenuto perfezionata la fattispecie del controllo congiunto su "Fiere internazionali di Bologna s.p.a.", società a maggioranza pubblica partecipata dal Comune per il 14,71%, "a prescindere dalla formalizzazione di un coordinamento altrimenti evincibile da comportamenti concludenti", avendo il Comune deliberato insieme agli altri soci pubblici gli aumenti di capitale strumentali al finanziamento del piano di sviluppo della Fiera (Corte conti, Sez. controllo Emilia Romagna, del. 65/2018 del 13 marzo 2018); e da ciò ha desunto fra l'altro «la necessità di includere nella prossima razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche, da effettuarsi ai sensi degli artt. 20 e 26, comma 11, del t.u. n. 175/2016, le partecipazioni indirette detenute per il tramite di Fiere internazionali di Bologna spa». Sul punto, da ultimo, cfr. le osservazioni critiche di V. Donativi, *"Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, *in Giur. comm.,* 2018, I, 747 ss.; e di I. Demuro, *Il controllo congiunto nelle società a parteci-*

3. *Inquadramento privatistico e norme derogatorie anteriori al testo unico: un esempio in tema di responsabilità*

Se il rinvio al diritto societario contenuto nel terzo comma dell'art. 1 opera per tutto quanto non derogato «dalle disposizioni del presente decreto», non dovrebbe esservi più spazio per «deroghe eventualmente disposte in precedenti testi normativi»[9], cosa che è del resto coerente con la natura di testo unico propria del d.lgs. 175/2016 e che – aggiungerei – parrebbe trovare una conferma nell'*incipit* del comma immediatamente successivo, per il quale "restano ferme" le disposizioni che regolano società pubbliche di diritto singolare. Ne ricaverei, quindi, che l'elenco delle disposizioni abrogate contenuto nell'art. 28 t.u. non dovrebbe considerarsi tassativo[10], perché qualunque disposizione derogatoria non riproposta nel testo unico – eccettuate quelle di diritto singolare – dovrebbe senz'altro ritenersi caducata.

Un esempio è fornito dall'art. 16-*bis* d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, ossia dalla disposizione, alquanto discussa, che afferma la giurisdizione del giudice ordinario sulle azioni di responsabilità relative agli amministratori delle società quotate con partecipazione pubblica inferiore al cinquanta per cento[11]. Non dobbiamo guardare alla disposizione nel suo significato testuale, che in realtà non è derogatoria ma piuttosto ripetitiva – o meglio, parzialmente ripetitiva – di una regola già presente nel codice civile, quanto alla norma – secondo alcuni estraibile *a contrario* dall'art. 16-*bis* – in base alla quale *per le altre società pubbliche*, tutte quelle non considerate nell'enunciato, *la responsabilità ricadrebbe nella giurisdizione contabile*[12]; norma che per le società non quotate ora è certamente sostituita

---

pazione pubblica prevalente, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. Ibba, Milano, 2019, 296 ss.

[9] Così M. Dugato, *op. cit.,* 534; nello stesso senso S. Vanoni *Le società quotate,* in *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba, I. Demuro, cit., 515 e nt. 54; e, se ben vedo, il cenno di K. Martucci, *Nomina e revoca diretta degli amministratori dopo il T.U. sulle società partecipate (Prime riflessioni)*, in *NDS*, 2017, 1020 s.

[10] Già la legge-delega, del resto, pur enunciando fra i principi e criteri direttivi generali la «indicazione esplicita delle norme abrogate», faceva "salva l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile" (art. 16, 1° co., lett. d, l.7 agosto 2015, n. 124), e quindi la possibilità di abrogazioni dovute a incompatibilità fra le nuove disposizioni e le precedenti o alla circostanza che la nuova legge regoli l'intera materia già regolata dalla legge anteriore.

[11] Vi si legge testualmente che «per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario».

[12] È l'opinione, fra gli altri, di E.F. Schitzler, *L'oscillante ambito della giurisdizione contabile sulle s.p.a. partecipate pubbliche*, in www.corteconti.it; di recente ripresa da A. Police, cit., specie 554; ma disattesa dalla Suprema Corte, a partire da Cass. S.U. 19 dicembre 2009, n. 26806.

dalla disciplina contenuta nell'art. 12 t.u. e che per le quotate dovrebbe ritenersi venuta meno, appunto, in quanto non riproposta dal testo unico[13].

Se così non fosse, del resto, si rischierebbe di giungere a conclusioni decisamente incongrue. Come sappiamo, infatti, per esplicita enunciazione legislativa le norme del testo unico si applicano alle società pubbliche quotate "solo se espressamente previsto" (art. 1, 5° co.); e nell'art. 12 non è prevista la sua applicazione alle società quotate. Se dunque si ritenesse il citato art. 16-*bis* tuttora vigente, ne conseguirebbe la soggezione delle quotate con partecipazione pubblica pari o superiore al 50%, *uniche fra tutte le società non* in house*,* alla giurisdizione contabile; soluzione verosimilmente illegittima per irragionevolezza e per ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle società pubbliche non quotate, le quali, se non *in house*, sono sicuramente assoggettate alla giurisdizione civile quale che sia l'entità della partecipazione pubblica e dunque anche se questa superi il 50% del capitale (perché questo è uno dei pochi punti fermi che l'art. 12, sul quale dirò qualcosa fra poco, sia riuscito a fissare).

4. *Uno sguardo al dibattito in merito alla giurisdizione sulle azioni di responsabilità: dalle origini fino al testo unico*

Siamo così entrati sul terreno della responsabilità, o della giurisdizione sulla responsabilità, probabilmente quello sul quale si coglie maggiormente la distanza fra una risposta di tipo privatistico ed una di tipo pubblicistico ai problemi sul tappeto.

Com'è noto le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società pubbliche, per decenni pacificamente collocate nell'ambito della giurisprudenza civile, negli ultimi quindici anni sono state oggetto di un vivacissimo dibattito giurisprudenziale e dottrinale. In particolare si è riscontrata dapprima la tendenza espansiva della giurisdizione contabile, di cui nel 2004 viene affermata la sussistenza ogni qual volta il patrimonio danneggiato sia quello di una società a partecipazione pubblica[14], successivamente un mutamento d'indirizzo, che dal 2009 riafferma la giurisdizione del giudice civile ammettendo la responsabilità erariale solo là dove ad essere leso sia il patrimonio di una società di diritto sin-

[13] Analogamente, sia pure a seguito di un percorso interpretativo in parte diverso, S. Vanoni, *op. cit.,* 518 s.

[14] Così Cass. 26 febbraio 2004, n. 3899, sulla quale ampi rilievi critici in C. Ibba, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 145 ss.

golare[15] o, a partire dal 2013, di una società *in house*[16], infine ulteriori oscillazioni, originate dall'infelice intervento del testo unico sul punto[17], nella ricerca di un difficile punto di equilibrio che ancora non mi pare sia stato trovato.

Come sappiamo, infatti, la legge-delega aveva richiesto al testo unico una «precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate»[18] e la «eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo»[19]; ma il legislatore delegato ha purtroppo risposto con la norma a mio avviso più oscura, confusa e contraddittoria dell'intero testo unico, sulla quale i contrasti interpretativi si sono subito riaccesi più di quanto già non fossero, posto che un certo assestamento, almeno nella giurisprudenza di legittimità, era stato raggiunto e l'art. 12 – è questa la norma in questione – lo ha rimesso in discussione.

5. *… e dopo il testo unico*

Di ciò sono testimonianza sia le molteplici interpretazioni prospettate in dottrina, con soluzioni in qualche caso radicalmente contrapposte[20], sia alcune oscillazioni che paiono emergere nella giurisprudenza di legittimità. Mi riferisco

[15] Così il "combinato disposto" della già citata Cass. S.U. 19 dicembre 2009, n. 26806, che, sostanzialmente accogliendo indicazioni provenienti dalla dottrina commercialistica, introdusse la distinzione fra danno arrecato direttamente al socio pubblico, azionabile davanti alla Corte dei conti, e danno arrecato al patrimonio sociale, azionabile davanti al giudice civile con le ordinarie azioni di responsabilità societarie; e di Cass. 22 dicembre 2009, n. 27092, che fa eccezione per «singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali *sui generis*, come nel caso della Rai».

[16] Così Cass. 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 5 ss., con nota critica di C. Ibba, *Responsabilità erariale e società* in house.

[17] Mi riferisco al già citato art. 12 d.lgs. 175/2016 (la cui genesi "sofferta" è descritta in C. Ibba, *Crisi dell'impresa a controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali,* in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, cit., 65 ss.; nonché in Id., *La responsabilità*, in *Le società a partecipazione pubblica,* diretto da C. Ibba, I. Demuro, cit., 173 ss.).

[18] Art. 18, lett. *c,* l. 124/2015.

[19] Art. 18, lett. *h*, l. 124/2015.

[20] Cfr., fra le altre, le letture di M. Atelli, *sub* art. 12, in *Il testo unico sulle società pubbliche*, diretto da G. Meo, A. Nuzzo, Bari, 2016, 165 ss.; G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016, 353 ss.; F. Cerioni, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura dell'a., Milano, 2017, 149 ss.; M. Fratini, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in R. Garofoli, A. Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, 2018, 691 ss.; F. Guerrera, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *ODC - Rivista*, 1/2017, § 10 ss.; C. Ibba, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico,* in questa *Rivista,* 2017, 649 ss.; V. Tenore, *Ancora sulla (auspicabile) giurisdizione contabile per i danni arrecati dagli amministratori di società a partecipazione pubblica alla luce dell'art. 12, d.lgs. n. 175 del 2016, in Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, a cura di F. Cintioli e F. Massa Felsani, Bologna, 2017, 99 ss.; L. Tor-

in particolare a due pronunce, che mi pare rivelino entrambe – se si va al di là delle apparenze – un allontanamento delle Sezioni Unite dalla loro giurisprudenza in materia di *in house*.

La prima di esse (Cass. 13 settembre 2018, n. 22406) è stata originata da un regolamento preventivo di giurisdizione con il quale gli amministratori di una società *in house* fallita, convenuti in responsabilità davanti al Tribunale delle imprese dal curatore fallimentare, avevano invocato il sussistere della giurisdizione contabile. Ciò sulla base del consolidato filone giurisprudenziale[21] secondo cui le società *in house* «costituiscono delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni», sicché, non essendo «possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, […] la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità»[22], e il danno arrecato a quel patrimonio – separato, ma pur sempre riconducibile all'ente pubblico socio – ha natura erariale.

Ebbene, le Sezioni Unite – pur senza sconfessare quell'orientamento, ed anzi ribadendolo – affermano che «la specifica attribuzione alla giurisdizione della Corte dei conti delle azioni relative al danno erariale lascia chiaramente intendere la configurabilità di un danno non erariale, al cui ristoro, soprattutto con riferimento alla posizione dei creditori sociali, non è idonea […] l'azione concernente la responsabilità erariale»; ritengono poi «evidente l'attribuzione dell'azione esercitata dalla curatela fallimentare alla giurisdizione del giudice ordinario, attesa la natura prettamente civilistica delle norme azionate alle quali la società […] non può sottrarsi», così come «non può sottacersi la rilevanza dell'esigenza di tutela dei creditori insoddisfatti, pretermessa ove si accettasse la tesi prospettata dal ricorrente»; e dichiarano dunque la giurisdizione del giudice ordinario, puntualizzando che il sussistere della giurisdizione contabile per il danno erariale non esclude la concorrenza della giurisdizione civile per il danno non erariale.

Ora, io condivido la soluzione del caso concreto[23], ma non so quanto la si possa considerare coerente con la costruzione della società *in house* quale articolazione interna del socio pubblico. Osservo poi che in ogni caso essa lascia aperto il problema della distinzione fra il danno erariale e quello non erariale, anche al

---

chia, *Socio e società di fronte alla responsabilità per danno erariale dopo il testo unico* in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo unico*, cit., 211 ss.

[21] Inaugurato dalla citata Cass. 25 novembre 2013, n. 26283.

[22] Così si legge in alcuni passaggi della motivazione di Cass. Cass. 25 novembre 2013, cit.; ripresi da ultimo nella motivazione di Cass. 13 settembre 2018, n. 22406.

[23] Avevo già rilevato, del resto, come l'art. 12 d.lgs. 175/2016, facendo salva la giurisdizione contabile, per le società *in house*, "per il danno erariale" da esse subito, lasci intendere che anche in relazione a queste società sia configurabile un danno non erariale, come tale al di fuori della giurisdizione contabile, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo unico*, cit., 211 ss.

fine di evitare una violazione del principio del *ne bis in idem*; e la mia sensazione, in definitiva, è che qui sia stato considerato non erariale un danno che altre pronunce avrebbero, e avevano, qualificato come erariale.

Vengo ora alla seconda decisione (Cass. 2 febbraio 2018, n. 2584), resa in una vicenda in cui il Presidente della Fondazione Festival pucciniano di Viareggio, che era stato condannato in sede contabile, sia in primo grado che in appello, previa qualificazione della Fondazione quale organismo *in house* del Comune di Viareggio, ricorre contestando in particolare la mancanza del requisito del controllo analogo, anche in considerazione della mancata preclusione statutaria dell'accesso dei privati.

Le Sezioni Unite accolgono il ricorso, dichiarando il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, e lo fanno – cosa per me sorprendente – senza nemmeno accertare la ricorrenza o meno dei requisiti dell'*in house.* Ciò in quanto – si legge nella motivazione –, avendo la Fondazione "natura di persona giuridica privata", «essa ha […] un proprio patrimonio, nel quale sono confluite anche risorse pubbliche, ma che ha assunto una propria autonomia», sicché «il pregiudizio economico che la Corte contabile imputa alla censurata gestione del ricorrente ridondava sul patrimonio della Fondazione Festival Pucciniano e non già su quello del Comune che originariamente l'aveva creata».

La conclusione è che «a fronte di ciò appare superata la necessità della verifica della necessaria compresenza dei tre presupposti od indici sintomatici dell'*in house providing*»; ma il ragionamento mi pare viziato da un'inversione logica, perché – stando alla giurisprudenza delle Sezioni Unite – l'eventuale ricorrenza di quei presupposti avrebbe escluso la natura di persona giuridica privata e l'autonomia del suo patrimonio rispetto a quello dell'ente pubblico fondatore[24].

6. *Il problema della legittimazione surrogatoria del pubblico ministero contabile*

Il dibattito in ordine alla giurisdizione sulle azioni di responsabilità, insomma, mi pare tutt'altro che chiuso.

Essendomene occupato in numerose occasioni, non voglio ripetere cose già dette o scritte in altre sedi, e il tempo a mia disposizione non consente del resto più di qualche considerazione incidentale.

[24] Non costituisce un precedente in termini, pertanto, Cass. 2 settembre 2013, n. 20075, che ha negato la giurisdizione contabile in una fattispecie relativa ad una fondazione di cui non venne invocata l'eventuale natura di organismo *in house* (del resto non ancora valorizzata dalla Suprema Corte ai fini del riparto di giurisdizione).

Nella giurisprudenza contabile, per l'affermazione della responsabilità dell'amministratore che arrechi danno a una "fondazione di partecipazione con patrimonio integralmente pubblico", Corte conti Lazio 13 novembre 2013, n. 758.

Dico solo perciò che, pur comprendendo le ragioni alla base (dei tentativi, più o meno fondati) dell'estensione della giurisprudenza contabile in materia societaria – e più precisamente, in materia di azioni di responsabilità per danni arrecati *al patrimonio sociale* –, mi hanno sempre preoccupato le ripercussioni di questa estensione sugli interessi dei terzi, e prima di tutto dei creditori sociali.

Il problema, insomma, è quello di trovare un equilibrio fra ragioni dell'erario e ragioni dei creditori sociali (nonché degli eventuali soci privati); di trovare cioè il modo affinché la tutela delle risorse pubbliche non vada a scapito della tutela degli altri soggetti coinvolti (e da questo punto di vista, aggiungo, che si tratti di una società a partecipazione pubblica *tout court* o di una società *in house* non cambia molto, posto che la natura della società è neutra rispetto all'esigenza di non ledere gli interessi dei suoi creditori).

In questa prospettiva, di recente, ho provato a sostenere l'utilizzabilità della legittimazione surrogatoria del pubblico ministero contabile prevista dall'art. 73 d.lgs. 26 agosto 2016, n. 124, al fine di consentirgli l'esercizio in sede civile delle ordinarie azioni di responsabilità societarie[25], là dove queste non siano esercitate dal socio pubblico[26].

E arrivo a dire che auspicherei una norma di legge che, ancor più chiaramente, legittimasse il pubblico ministero contabile all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità civilistica, in sede civile e con gli effetti dell'azione civile, ossia finalizzato al reintegro del patrimonio sociale leso.

7. *Una conclusione più generale*

Aggiungo comunque che in ogni caso l'intervento mediante azioni di responsabilità – contabile, civile o penale non ha importanza – è un intervento *ex post*, che fatalmente ottiene risultati molto parziali, soprattutto quando si ha a che fare con fenomeni patologici ormai generalizzati se non proprio capillarmente diffusi.

In situazioni del genere occorre agire a monte, alle radici del fenomeno nei suoi aspetti patologici, che sono, nel nostro caso, da un lato l'abuso dello strumento societario, dall'altro la preposizione alle cariche sociali di persone frequentemente prive delle necessarie competenze e scelte per lo più solo per ragioni di vicinanza politica.

---

[25] E non in sede contabile (come invece prospettato da L. D'Angelo, *Società partecipate da pubbliche amministrazioni, azione sociale di responsabilità e "legittimazione surrogatoria"*, in www.giustamm.it, 2014, 10), per le ragioni esposte in C. Ibba, *La responsabilità*, cit., 187 ss.

[26] Sul punto, da ultimo, L. Rovelli, *Nomofilachia e diritto vivente,* in *Il processo civile in Cassazione*, a cura di A. Didone, F. De Santis, Milano, 2018, 59.

Ora, sotto il primo profilo il testo unico ripresenta, con alcuni adeguamenti rispetto a precedenti esperienze normative, i limiti all'assunzione di partecipazioni e gli obblighi di dismissione, vedremo se con risultati più soddisfacenti rispetto al passato.

Sotto il secondo profilo, invece, il testo unico si è limitato a stabilire che i componenti degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico debbano possedere i requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia fissati da un decreto del Presidente del Consiglio, peraltro non ancora emanato[27]. Oltre a ciò, tuttavia, è necessario che alle nomine si arrivi mediante trasparenti procedure di valutazione comparativa, al fine di evitare che l'opacità delle procedure favorisca – come oggi accade, specialmente ma non solo a livello locale e regionale – l'accesso ai vertici di società che gestiscono servizi pubblici di grande importanza socioeconomica di persone «di incerta competenza, e talora di incerta moralità pubblica, il cui merito maggiore sta ora nella parentela, ora nella 'fedeltà', ora nell''appartenenza'»[28], con le ricadute sull'efficienza e sulla correttezza della loro gestione che tutti possiamo immaginare e che spesso la cronaca ci fa tristemente constatare.

[27] Cfr. fra gli altri I. Demuro, *La* governance, in *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba, Demuro, cit., 138 s.

[28] In questi termini G. Ghidini, *Nelle nomine dei vertici serve più trasparenza*, nel *Corriere della sera* del 24 maggio 2017, 36; ma il convincimento è generale.

Società pubbliche e responsabilità degli amministratori: alcuni spunti per una discussione ancora aperta

Il presente scritto ha ad oggetto alcune riflessioni sul tema, tradizionalmente dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, della giurisdizione applicabile alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società a partecipazione pubblica.
Nonostante la legge delega avesse demandato al testo unico il compito di prevedere una «precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate», e la «eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo», il legislatore delegato ha, invece, introdotto una norma (l'art. 12) contraddittoria e fonte di contrasti interpretativi, anche rispetto a questioni su cui la giurisprudenza aveva trovato un assestamento (come dimostrano, in particolare, le due pronunce della Cassazione prese in considerazione dall'Autore, che sembrerebbero allontanarsi dall'orientamento giurisprudenziale sinora consolidato in materia di società *in house*).

Public companies and administrator responsibilities: some input for an ongoing debate

The paper deals with some reflections on the issue – one traditionally debated in doctrine and jurisprudence circles – of the jurisdiction applicable to liability actions against the directors of public companies. Despite the enabling law having delegated the task to the Consolidated Text of providing a "precise definition of the regime of the responsibilities of the administrators of participating administrations as well as of the employees, management and controlling bodies of investee companies," not to mention the "elimination of overlaps between rules and public and private institutions, inspired by the same requirements of discipline and control," the delegated legislator has instead introduced a contradictory norm (art. 12) and source of interpretative contrasts, also with respect to matters on which jurisprudence has reached a settlement (as shown, in particular, by the two rulings of the Court of Cassation taken into consideration by the Author, which would seem to move away from the jurisprudential orientation so far established in terms of in-house companies).

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 51-68

Articoli e saggi

Brevi riflessioni sullo statuto pubblicistico degli amministratori nel Testo unico

Riccardo Ursi

1. Come è noto, sulla disciplina degli amministratori si è focalizzato il dibattito in ordine alla portata della specialità delle società a partecipazione pubblica laddove i poteri riservati dall'art. 2449 codice civile al socio pubblico venivano utilizzati, per giustificare l'assunta soggettività pubblica ovvero il mantenimento all'interno del paradigma privatistico.

Tale confronto, spesso animato da ideologici pregiudizi, si è fondato prevalentemente sulla esigenza di riconoscere, o non, la giurisdizione del giudice amministrativo; ma insieme a questa tutto l'apparato di garanzie e vincoli che il regime pubblicistico reca con sé: ciò ad evidente detrimento di un quadro ordinamentale che qualifica, invece, la società all'interno di ben precise coordinate funzionali all'esercizio dell'impresa e allo scopo di lucro.

La dottrina e la giurisprudenza nel corso degli anni si sono interrogate se l'impatto della legislazione speciale fosse sufficiente a mutare la natura giuridica di questi soggetti, ossia se le società pur rivestendo la veste privatistica dovessero essere a tutti gli effetti considerate enti pubblici dal punto di vista sostanziale, ovvero se, nonostante gli elementi di specialità introdotti, la scelta del modulo societario portasse irrimediabilmente con sé il rispetto dello schema legale proprio, disciplinato dal diritto comune, risolvendosi le eventuali antinomie secondo il criterio della compatibilità[1].

Le opzioni ricostruttive sul tema si sono caratterizzate in generale per una esagerata ortodossia: da una parte, si intende riconoscere, con approccio sostanzialistico, la presenza di un necessario statuto pubblicistico, con ciò comprimendo o snaturando le norme del diritto societario; dall'altra, anche in presenza di norme eteronome, si cerca di spiegare i fenomeni solo alla luce delle regole del

[1] Per una ricostruzione delle varie posizioni espresse nel corso degli anni vedi. F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.

codice civile sterilizzando, di fatto, l'aspetto di modulo organizzativo dell'amministrazione che tali società indubbiamente rivestono[2].

Tale approccio manicheo si presenta insieme scorretto sul piano metodologico, e fuorviante in ordine ai risultati: scorretto, in quanto, focalizzando l'attenzione sulla natura giuridica di tali figure soggettive rischia di confondere l'ipotesi con la tesi: è il regime giuridico ad essere l'oggetto di analisi e la natura giuridica rappresenta il suo risultato (e non viceversa, secondo un modello di ricostruzione che si è già manifestato ampiamente fallimentare nel tradizionale dibattito sull'ente pubblico)[3]; fuorviante, poiché, forzando oltremisura sulla valenza sostanzialmente pubblica delle società, svuoterebbe di significato la scelta dell'adozione di un modulo organizzativo di tipo privatistico.

Interrogarsi sulla natura giuridica, pubblica o privata, delle società, allora, significa tentare di semplificare, secondo categorie rigide, un fenomeno giuridico variegato caratterizzato da regimi speciali e talvolta singolari, da una parte, e modelli gestionali integralmente innestati nelle dinamiche di mercato, dall'altra.

L'applicabilità di quella o di quell'altra norma nel caso concreto non può essere suggerita dalla natura giuridica del soggetto, ma dall'interesse a presidio della quale essa è posta in ragione di un quadro giuridico proprio dello schema legale adottato[4]. Quando è lo schema legale ad essere alterato per scelta puntuale o implicita del legislatore, il tema di analisi cambia, poiché cambia il quadro di riferimento. Ma nell'ipotesi in cui vi è un esplicito riferimento a quello schema, si tratta di costruire un regime congruo all'identità organizzativa e funzionale prescelta e contestualmente coerente con gli interessi connessi.

Come si è attentamente sottolineato, in passato la domanda in ordine sussistenza di poteri pubblici idonei ad alterare lo schema causale delle società di mercato partecipate dallo Stato si fondava quasi esclusivamente intorno alla natura del potere di nomina degli amministratori da parte degli enti pubblici; oggi, lo scenario normativo è costellato da norme che istituiscono società, deputate a svolgere i compiti più disparati, con assetti organizzativi completamente eccentrici rispetto al sistema codicistico[5].

---

[2] Al riguardo sia consentito rinviare all'ampia disamina fornita sul punto in R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, 155 ss.

[3] G. Napolitano, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003, 818 ss., il quale rileva che non appare corretto inferire la pubblicità dalle deviazioni che la disciplina presenta rispetto alla formazione comune, laddove il codice civile e la legislazione speciale abbondano di regimi differenziati e anomali. In tal senso, la questione sembra porsi in termini opposti, si tratta di «verificare quali norme "orizzontalmente" riferite alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati»

[4] G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 171 ss.

[5] M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica*, in M. Cammelli, M. Dugato, (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 2.

Ciò appare particolarmente rilevante proprio con riferimento alla disciplina che regola la nomina e la revoca degli amministratori, vuoi per la rilevanza che questa assume in ordine al governo societario da parte del socio pubblico, vuoi per le evidenti criticità sul piano sistematico dei rapporti tra giurisdizioni che una simile fattispecie di confine inevitabilmente innesca.

Fortunatamente questo dibattito sembra essere stato consegnato al passato posto che gli argomenti a sostegno delle tesi pubblicistiche sembrano essere stati abbondantemente superati dalla previsione dell'art. 1, comma 3 del Testo Unico che per quanto non espressamente derogato dispone il primato delle norme generali di diritto privato.

In proposito, d'altra parte, si è consolidata ormai da tempo una giurisprudenza della Cassazione, per certi versi ormai pietrificata, in base alla quale gli atti di nomina e revoca degli amministratori di società a controllo pubblico anche quando effettuate *ex* art. 2449 c.c. sono espressione di un potere privato e quindi rientranti nella competenza del giudice ordinario. Infatti, secondo tale orientamento.

La società con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato, poiché all'ente pubblico non è consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi, potendo esso avvalersi solo degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina pubblica presenti negli organi della società, sicché sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative alla nomina degli amministratori, in quanto espressione di atti compiuti "*uti socius*" e non "*iure imperii*"[6].

Tuttavia, tale monolitica affermazione potrebbe essere messa in discussione da quanto previsto in altre parti dello stesso Testo unico nel quale sono rinvenibili alcune disposizioni che cospirerebbero a fornire elementi di complessità al quadro sistematico, tali da rinfocolare ricostruzioni tese a vedere nell'atto di nomina e revoca l'esercizio di un potere amministrativo.

In altri termini, nonostante il generale inquadramento all'interno del regime codicistico la presenza di norme di carattere speciale, con riferimento al tema in esame, potrebbero rimettere in discussione, non tanto la qualificazione giuridica del soggetto, quanto l'individuazione del confine tra le giurisdizioni.

Al riguardo, le criticità riguardano, da una parte, la rilevanza degli atti prodromici alla nomina, e dall'altra, il peculiare regime giuridico delle società *in house*.

Con riferimento alla prima occorre ricordare che, l'art. 9, ai commi 7 e 8, del D.lgs. n. 175/16 stabilisce che per le nomine effettuate ai sensi dell'art. 2249 c.c. «i relativi atti sono efficaci dalla data di ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell'atto di nomina o di revoca» e che «la mancanza o invali-

[6] Al riguardo vedi Cass. S.U., 14 settembre 2017 n. 21249.

dità dell'atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società».

La qualificazione in termini di esercizio di un potere privato da parte dell'ente non significa ritenere il quadro giuridico pubblicistico, all'interno del quale la nomina viene a maturare, assolutamente irrilevante[7]. A titolo esemplificativo si potrebbe immaginare, con riferimento alle società partecipate dagli enti locali, l'ipotesi di una nomina operata direttamente dal Consiglio, anziché dal Sindaco: in questo caso la palese incompetenza non risulterebbe verificabile, in quanto, dal punto di vista dell'ordinamento privatistico, sarebbe perfettamente coerente con quanto previsto dall'art. 2249 c.c. Al contrario, si potrebbe considerare il caso di una scelta ricadente su un soggetto che non risponde agli atti di indirizzo stabiliti dal Consiglio *ex* art. 42, comma, lett. *m*) del Dlgs. 18 agosto 2000 n. 267 (TUEL) da ciò generandosi la necessità che il conclamato eccesso di potere possa essere incidentalmente valutabile dal giudice ordinario in sede risarcitoria.

Il riconoscimento in materia della giurisdizione ordinaria preclude indubbiamente la tutela costitutiva, ma non consente di svuotare di contenuto le regole pubblicistiche che disciplinano la nomina.

Pertanto, nei casi in cui lo statuto riconosca il potere di cui all'art. 2449 c.c., assisteremmo ad un atto amministrativo, vale a dire la nomina, che si imputa alla società in virtù della clausola statutaria e la cui efficacia è subordinata all'accettazione da parte dell'amministratore dell'incarico. In altri termini, si sarebbe in presenza di un particolare procedimento misto, o forse di un'operazione amministrativa, nella quale, convivono in senso diacronico il rispetto dei principi eminentemente pubblicistici aventi ad oggetto la scelta dell'amministratore, e le regole del diritto civile aventi ad oggetto l'imputazione della scelta alla società e il perfezionamento del mandato gestorio.

Occorre segnalare, però, che elementi di pubblicità del rapporto, seppur con effetti diversi, non si esauriscono semplicemente nella nomina, ma affiorano non solo nell'ambito dell'intero rapporto che lega l'amministratore all'ente pubblico nominante in virtù del preciso ruolo di *governance* (che si attua attraverso due elementi di collegamento individuabili nell'attività di direzione e coordinamento e nel rapporto fiduciario), ma soprattutto nel rapporto che lega l'ente pubblico alla società in relazione della clausola di nomina degli amministratori al momento della scadenza dell'incarico[8].

Il potere di revoca, complementare al potere di nomina, e ad esso correlato nel quadro di una funzione complessa e unitaria, diventa espressione di un preci-

[7] Sul punto vedi G.M. Caruso, *Il socio pubblico fra dinamiche proprietarie e organizzative*, in S. Fortunato, F. Vessia, *Le nuove società partecipate e* in house providing, Milano, 2017, 168 ss.

[8] R. Ranucci, *Gli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmanò, A. Catricalà, *Società pubbliche*, Napoli, 2017, II, 494.

so ruolo di *governance* che si attua con la mediazione fiduciaria dei soggetti preposti agli organi di amministrazione e di controllo della società.

Tale aspetto risulterebbe amplificato nelle società *in house*, le quali, per definizione offerta dall'art. 16 del Testo Unico, sono qualificate da un modello di *governance* analogo a quello di tipo pubblicistico.

Nei confronti di una società partecipata in modo totalitario da un ente locale e rispondente al modello dell'*in house providing*, potrebbe affermarsi la giurisdizione amministrativa, in quanto la sua natura *in house* determinerebbe delle ben precise conseguenze, sia in merito alla disciplina applicabile in materia di nomina, revoca e responsabilità degli amministratori per danni da questi arrecati alla società, sia in ordine alla giurisdizione applicabile alle controversie insorte in seno alla società, nonché tra la società e il socio pubblico.

In particolare, proprio in virtù del rapporto di subordinazione gerarchica che lega gli organi sociali all'ente partecipante, della dipendenza organica di natura pubblicistica, della natura pubblicistica-autoritativa degli atti organizzativi attraverso cui il rapporto viene disciplinato, in sede di nomina dei vertici societari, l'ente pubblico non agisce come socio privato, bensì quale autorità pubblica preposta al controllo e al coordinamento della società, sicché le controversie in ordine alla designazione o alla revoca degli organi sociali apparterrebbero alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Al riguardo, in uno dei suoi più clamorosi "disorientamenti" destinati ad incardinare in qualche misura la giurisdizione del giudice contabile, la Cassazione ha affermato che la società *in house*, avrebbe della società solo la forma esteriore, costituendo, in realtà, un'articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo[9]. Tale assunto si fonda sulla idea, tutta da verificare, che l'"anomalia" delle società *in house* sarebbe costituita, non solo dalla circostanza che si tratta di «società di capitali non destinate (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fini di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato», ma soprattutto dall'estrema difficoltà di qualificare come società di capitali (intesa come persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa agisce) una fattispecie che, invece, si caratterizza per «la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale»[10].

[9] Cass. Civ., Sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in *Diritto e giustizia*, 2016, n. 14, 48.

[10] Cass. Sez. Un, 25 novembre 2013, n. 26283, secondo la quale la stessa società *in house*, sarebbe addirittura priva di quell'autonomia giuridica che caratterizza qualsiasi altra società di capitali, in quanto «[i]l velo che normalmente nasconde dietro la società è quindi squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva». Ciò conduce a ritenere che in tale ipotesi il ter-

Secondo tale prospettazione, gli organi sociali della società *in house*, in quanto assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, non potrebbero perciò essere considerati titolari di un mero "*munus*" privato, ma risulterebbero legati a quest'ultima da un vero e proprio rapporto di cd. servizio, non diversamente da quanto vale per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico: da ciò non potrebbe che discendere la soggezione della società *in house* alla giurisdizione contabile per il danno prodotto al patrimonio sociale[11]. Il riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti sulle società *in house*, nonostante le rassicurazioni contenute nella motivazione, conduce allo spostamento in campo pubblicistico delle stesse[12]. La sottrazione al circuito corporativo del quadro delle responsabilità porta inevitabilmente con sé l'attribuzione di una veste pubblica anche alla gestione dell'impresa societaria. Pensare il contrario, ossia limitare il giudizio contabile ai danni procurati senza tenere conto del contesto imprenditoriale, non può che sembrare una bislacca ricostruzione dei rapporti organizzativi. Se si configura la responsabilità erariale dell'amministratore a causa delle sue scelte gestionali siamo in presenza di un ente pubblico, almeno dal punto di vista sostanziale[13].

A conferma di tale assunto milita anche la previsione che limita il regime pubblicistico della *prorogatio* degli organi amministrativi laddove l'art. 11, comma 15, stabilisce che «gli organi di amministrazione e controllo delle società *in house* si applica il decreto-legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 1994, n. 444».

Come è noto, l'applicazione della disciplina di cui alla legge 15 luglio 1994 n. 444 alle nomine degli organi delle società in mano pubblica costituisce uno dei temi sui quali si può evidenziare il carattere derogatorio che l'uso a fini pubblici della società per azioni determina sull'impianto del codice civile. Nel diritto societario l'istituto è indirizzato a garantire la continuità delle vicende societarie, nell'esercizio dell'impresa, da una parte, nei suoi rapporti con i terzi, i quali potrebbero essere pregiudicati dalla mancanza di una chiara definizione dei poteri dell'organo gestorio; dall'altra, nei suoi rapporti interni, poiché si intende «impe-

---

mine "società" assume la valenza peculiare di consentire che «ove manchino più specifiche disposizioni in senso contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare». Per una critica a questa decisione vedi quanto rilevato in R. Ursi, *Il cammino disorientato delle cd. società in house*, in questa *Rivista*, 2014, 557 ss.

[11] Cfr. E. Codazzi, *Le società in house. La configurazione tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, 97.

[12] In proposito, vedi L. Torchia, *Le responsabilità degli organi sociali nelle imprese a partecipazione pubblica*, in G. Presti, M. Renna (a cura di), *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, 101 ss.; A. Police, *sub* Art. 12, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, 311 ss.

[13] Sul problema dei rapporti tra natura della soggettività e regime giuridico vedi G. Rossi, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in S. Fortunato, F. Vessia, *Le nuove società partecipate e* in house providing, cit., 31 ss.

dire, in occasione del ricambio delle cariche sociali, ogni rischio di paralisi dell'organo di gestione della società, la quale potrebbe altrimenti restare per alcun tempo priva di chi la amministra e chi la rappresenta»[14].

In virtù degli artt. 2385 e 2400 c.c., gli amministratori ed i sindaci scaduti, sino alla loro sostituzione, svolgono la propria attività in pienezza di poteri senza alcuna limitazione. Infatti, come rilevato anche dalla Cassazione, l'esigenza di continuità nella gestione non può essere circoscritta alla sola amministrazione ordinaria giacché è invece ben possibile che l'interesse al buon funzionamento della società richieda anche il compimento di atti di gestione straordinaria. Nell'orbita pubblica, invece, il regime della *prorogatio* dopo la scadenza degli organi di nomina pubblica si ammanta di connotazioni diverse. Infatti, alla luce di quanto segnalato anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 208/1992, sembra corretto ritenere che la regolamentazione della *prorogatio* si pone quale meccanismo di garanzia in ordine alle basi di legittimazione dei titolari degli organi, al fine di evitare il consolidarsi di interessi a carattere individualistico scorporati dal circuito della responsabilità politica. Pertanto, se il sistema della *prorogatio sine die* conclamato dal diritto comune si fonda sul criterio efficientistico della continuità dell'organo, la predeterminazione della durata della proroga rispetto alla scadenza sembra essere, invece, lo strumento per contemperare l'esigenza di flessibilità della gestione societaria e il principio di legalità connesso alla funzionalizzazione dell'attività – *rectius* delle risorse gestite – ad interessi pubblici[15].

In altre parole, ritenendo la società, in quanto modulo organizzativo, uno strumento di governo, la predeterminazione della durata della proroga offre, sul piano della legittimazione dei titolari degli organi sociali, la necessaria certezza in ordine al compimento delle scelte gestionali e all'imputazione politica delle stesse. Al contrario, la disciplina tracciata dall'art. 2385 c.c. è esponenziale di un sistema di rapporti focalizzato sull'elemento della continuità dell'organo, più che sull'emersione delle dinamiche istituzionali nascoste dietro il potere di scelta. Infatti, la *ratio* della disposizione è quella di consentire all'organo scaduto di conservare la possibilità di continuare ad esercitare i poteri attribuiti per assicurare la continuità della normale gestione sociale.

Al riguardo, si può sicuramente sottolineare la natura speciale della normativa di cui alla legge n. 444/1994, la quale mira ad evidenziare un nesso di conseguenzialità tra scelta dell'amministratore ed attività dello stesso in seno agli organi sociali, seppur all'interno di uno specialissimo ambito di autonomia gestiona-

[14] Cass., sez. I, 4 giugno 2003, n. 8912, in *Giur. it.*, 2004, 791.

[15] In senso critico rispetto alla compatibilità tra la disciplina della *prorogatio* e le regole del codice civile si è espresso M. Rossi, *Nomina, revoca e prorogatio degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in R. Garofoli, A. Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, 2017, 405-406.

le, delimitato dall'oggetto sociale e dalla funzionalizzazione dell'attività di impresa a scopi pubblici.

Dunque, sia il riconoscimento della responsabilità erariale degli amministratori, sia l'applicazione del regime della *prorogatio* degli organi amministrativi potrebbe lasciare trasparire che il Testo Unico abbia voluto connotare le società *in house* di una peculiare specialità, in cui più robuste sono le caratterizzazioni in senso pubblicistico, e quindi aprire la strada da un potenziale riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo.

Di tale conseguenza logica, forse anche un po' banale, la Suprema Corte, invece, non è convinta allorquando, dopo l'emanazione del Testo unico ribadisce che per le società *in house*, le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci, ai sensi dell'art. 2449 c.c., spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, non di quello amministrativo, sulla base del principio successivamente stabilito dall'art. 1, comma 3, del Testo Unico, a tenore del quale, per tutto quanto non derogato dalle relative disposizioni, le società a partecipazione pubblica sono disciplinate dalle norme sulle società contenute nel codice civile[16]. Peraltro, la Cassazione ha configurato le società *in house* come mere articolazioni interne della pubblica amministrazione, solo «ai limitati fini del riparto di giurisdizione» rispetto alle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali per danni arrecati al patrimonio sociale, ma ciò «non implica, però, necessariamente, che anche sotto ogni altro profilo l'adozione del paradigma organizzativo societario che caratterizza le società *in house* sia irrilevante e che le regole proprie del diritto societario siano poste fuori gioco».

Quindi, gli amministratori di società *in house*, allorché nominati *ex* art. 2449 c.c., sono sottoposti ad un regime pubblicistico di durata; sono, per definizione, sottoposti ad un'attività di indirizzo forte idonea a derogare all'art. 2380 c.c.; rispondono davanti al giudice contabile, ma non hanno diritto ad una tutela costitutiva in presenza di revoca illegittima, perché l'organo di governo dell'ente pubblico, che fino a quel momento ha esercitato sulla società, in generale, e sull'amministratore, in particolare, un dominio gestionale analogo a quello sui propri servizi, quando revoca o nomina invece sarebbe un socio qualsiasi.

Anziché utilizzare gli stessi argomenti a cui ha fatto ricorso per delimitare la pubblicità della società al limitato scopo di determinare il confine della giurisdizione contabile, per negare la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di nomina e revoca degli amministratori ricorre all'argomento sistematico dedotto dalla prescrizione del Testo unico che dispone la soggezione delle società *in house* all'ordinario regime del fallimento (art. 14). In sostanza anziché valorizzare una

[16] Cass., Sez. Un, 14, settembre 2017, n. 21299, in *Foro amm.*, 2018, 583; 1° dicembre 2016, n. 24951, in *Foro it.,* I, 1, 154.

norma, quale quella sulla *prorogatio* che si riferisce espressamente alla nomina, la Cassazione ancora il proprio ragionamento su un aspetto, quello della fallibilità, che poca aderenza ha al tema dei procedimenti di scelta degli amministratori e tanti problemi in passato ha determinato negli orientamenti giurisprudenziali.

Orbene, questa volontà di costruire regimi giuridici a geometria variabile dimostra ancora una volta l'aporia motivazionale e l'incoerenza sistematica che la svolta giurisprudenziale del 2013 ha generato, nonché le criticità che la positivizzazione della stessa da parte del legislatore del Testo unico continua a mantenere rispetto all'impianto generale. Infatti, affermare che le società *in house* sarebbero soggetti pubblici solo ai fini della responsabilità erariale degli amministratori, lascia insoluti gli interrogativi che riguardano il regime pubblicistico degli atti di governo societario, ivi compresi anche quelli relativi all'autonomia decisionale degli amministratori, che evidentemente condizionano anche la fiduciarietà della nomina e le garanzie che devono accompagnarla.

Dal punto di vista sistematico, delle due una: o si ritiene – a mio avviso correttamente – che le società *in house* sono sottoposte ad un regime giuridico di tipo privatistico e che dunque gli amministratori dovrebbero godere di uno statuto imperniato sul Libro V del Codice civile, ovvero sono soggetti pubblici in considerazione della potenziale sottoposizione alla giurisdizione del giudice contabile ed, allora, la legittimità della nomina e della revoca degli organi gestionali dovrebbe essere oggetto di sindacato del giudice amministrativo. La scelta mediana adottata dal legislatore non può che suscitare perplessità.

2. Il comma 8 dell'art. 11 del Testo Unico stabilisce il principio secondo il quale che gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti.

Da tale disposizione emerge volontà legislativa di porre un invalicabile diaframma tra enti controllanti e enti controllati, anche sotto il profilo soggettivo degli individui legati da un rapporto di immedesimazione con gli uni e gli altri. In tal modo si intende rafforzare l'indipendenza delle scelte gestionali degli amministratori attraverso la definizione del rapporto che li lega al socio nell'ambito delle responsabilità corporative: l'amministratore, non legato da una relazione di servizio con l'ente pubblico socio, sarebbe maggiormente libero di gestire l'impresa secondo i canoni di efficienza a tutela dell'interesse sociale. Si sarebbe in presenza pertanto di un ulteriore indice della volontà del legislatore di ricondurre quanto più possibile nell'alveo della disciplina codicistica lo statuto degli amministratori.

Tuttavia, dal testo dell'intera previsione contenuta nel comma 8 in esame emerge in maniera inequivocabile che la disposizione abbia obiettivi prevalenti affatto differenti. Infatti, nel secondo periodo del comma in esame si prevede che «qualora siano dipendenti della società controllante, in virtù del principio di

onnicomprensività della retribuzione, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui al comma 6, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi alla società di appartenenza. Dall'applicazione del presente comma non possono derivare aumenti della spesa complessiva per i compensi degli amministratori». In sostanza si ammette la possibilità, nella prima parte negata in radice, della sussistenza di un rapporto di servizio stabilendo che, in tale ipotesi, gli emolumenti spettanti agli amministratori devono essere riversati all'ente di appartenenza. Ciò determina che lo scopo della disposizione è di contraddistinguere ancora una volta in senso pubblicistico il regime giuridico speciale.

In una prima lettura si potrebbe ritenere che il Testo Unico abbia voluto, seppur in maniera paludata, prevedere l'ipotesi di amministratori di società *in house* per le quali, stante il riconoscimento delle responsabilità erariale a loro carico, il rapporto di servizio sarebbe *in re ipsa*, anzi in un certo senso rafforzerebbe l'idea di controllo analogo da esercitare sulla società. Si tratta di un'interpretazione che non avrebbe solido fondamento: non tanto per la esplicita evocazione del modello di società di cui all'art. 16, ma soprattutto per la circostanza che l'*in house providing* prescinde dal necessario legame extra-societario tra l'amministratore e l'ente che esercita il dominio.

La specialità che qualifica la disposizione, allora, attiene al regime giuridico che caratterizza il socio pubblico. Infatti, dal tenore complessivo della disposizione risulta palese che la deroga al divieto di rapporto di servizio serve ad impedire non solo una commistione idonea a determinare uno scorretto utilizzo delle risorse pubbliche, ma, altresì, ad impedire che attraverso forme di duplicazione degli emolumenti provenienti dalla medesima fonte si privilegino posizioni individuali rispetto al quadro retributivo spettante.

Nel comma 8 dell'art. 11 si riscontra una disposizione che, nel suo complesso, intende garantire, non tanto l'indipendenza dell'amministratore, secondo lo schema privatistico, quanto piuttosto l'imparzialità e l'efficienza secondo i parametri pubblicistici

Ciò risulta confermato da quanto stabilito dal successivo comma 14 dispone altresì che «restano ferme le disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39».

Al riguardo, occorre rammentare che il D.Lgs. 8 aprile 2013 n. 39, espressamente richiamato dal comma 14 citato, prevede un articolato sistema di incompatibilità e inconferibilità tra l'incarico di dirigente pubblico con la carica di presidente del Consiglio di amministrazione o di amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico ovvero con cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione o ente pubblico che conferisce l'incari-

co. Appare evidente che le incompatibilità previste dalle norme citate per gli incarichi amministrativi di vertice e dirigenziali si applicano agli «enti di diritto privato in controllo pubblico», definiti dalla lettera c) dell'articolo 2 come «le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi».

In tale prospettiva, si deve ritenere che la *ratio* dell'inconferibilità sia quella di delimitare l'ambito di discrezionalità del potere di nomina perché impedisce a priori la designazione di soggetti che, trovandosi in determinate condizioni soggettive e personali, non diano sufficienti garanzie di poter svolgere le funzioni pubbliche in condizioni di imparzialità. In altri termini, le cause di inconferibilità si configurano come vincoli negativi che restringono l'ambito delle possibili scelte dell'amministrazione, cioè delle alternative cui essa può far ricorso per l'individuazione del soggetto destinato a ricoprire una determinata carica pubblica.

Inoltre, le cause di inconferibilità, essendo contemplate da puntuali norme di legge, si configurano come limiti esterni alla discrezionalità del potere di nomina e ciò comporta che la nomina di un soggetto in violazione di tali limiti determina l'invalidità dell'atto di conferimento sotto il profilo della violazione di una specifica norma di legge. Al riguardo, come è stato correttamente rilevato «le norme sulle inconferibilità si configurano come norme imperative di ordine pubblico e, in specifico, sono finalizzate a garantire che il soggetto prescelto sia idoneo allo svolgimento delle funzioni pubbliche in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Ne deriva che, nelle ipotesi in cui le nomine sono effettuate mediante l'adozione di atti di diritto privato, la violazione delle cause di inconferibilità comporta la nullità di tali atti ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.»[17].

D'altra parte, l'art. 17 del D.lgs. n. 39/2013, stabilisce esplicitamente che «gli atti di conferimento adottati in violazione delle disposizioni del presente decreto sono nulli». Pertanto, in forza di tale norma che introduce un'ipotesi di nullità testuale, tutti gli incarichi sottoposti alla disciplina preclusiva del d.lgs. n. 39 del 2013, qualora siano attribuiti in violazione delle norme sulle inconferibilità, sono nulli.

Ulteriore profilo di specialità – peraltro sconfessando l'intenzione del legislatore di offrire nel Testo unico una disciplina omnicomprensiva – è la previsione, ancora vigente, contenuta nell'art. 1, comma 734, della l. n. 296/2006, la

[17] Cfr. M. Calcagnile, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, Bologna, 2017, 173-174.

quale pone un ulteriore ipotesi di incompatibilità, stabilendo che «non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico che, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi». In ragione dell'abrogazione da parte del Testo unico dell'art. 3, comma 32-bis della legge n. 244/2007, come modificato dall'art. 71 della legge n. 69/2009, che forniva interpretazione autentica della norma nel senso di considerare le perdite come peggioramento dei conti, si deve ritenere che nonostante le perdite di esercizio non siano di per sé sintomo di un peggioramento della situazione dell'impresa sociale, il testo della norma impone un'ipotesi di incompatibilità oggettiva, ossia operante indipendentemente dall'operato degli amministratori[18].

3. Più complessa è l'analisi del rapporto fiduciario che lega l'amministratore al rappresentante dell'ente locale che lo nomina. A tale rapporto non può non essere riconosciuta una valenza pubblicistica, in ragione del rilievo che nei confronti del soggetto chiamato a svolgere compiti gestori si compie una valutazione in ordine alla sua capacità di realizzare sia gli obiettivi imprenditoriali, connessi all'oggetto sociale, sia quelli di interesse pubblico e, più in particolare, di indirizzo politico, che l'ente pubblico intende raggiungere operando attraverso la società.

La fuoriuscita del circuito assembleare implica inevitabilmente l'affermazione di un vincolo di natura fiduciaria tra ente e amministratore che non si presta ad agevoli definizioni sotto il profilo classificatorio, ma che rileva, piuttosto, per la componente extra-societaria, cioè pubblica, dell'interesse al cui raggiungimento e chiamato il rappresentante dell'ente pubblico nella società[19].

Ciò appare in maniera eclatante con riferimento alle società partecipate dagli enti locali.

Infatti, l'emersione del legame tra amministrazione societaria e indirizzo politico, nell'ambito di un rapporto fiduciario destinato alla gestione dell'attività imprenditoriale per il raggiungimento di fini pubblici connessi alla società, deve rinvenirsi nell'art. 50, comma 8, TUEL in forza del quale «sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il Sindaco ed il Presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni».

Strettamente interpretato, l'art. 50, comma 8, TUEL si limita a stabilire che la nomina degli amministratori di una società a partecipazione comunale o provinciale è di competenza del sindaco o del presidente della Provincia sulla base

[18] Sul punto vedi I. Demuro, *La governance*, C. Ibba, I. Demuro (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2018, 140.

[19] C. Angelici, *In tema di socio pubblico*, in F. Cintoli, F. Massa (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Bologna, 2017, 75.

degli indirizzi generali ricevuti dal Consiglio ma, nell'attuale assetto, proprio la stretta connessione tra potere di scelta in ordine alle nomine e la stretta correlazione di questo con le dinamiche istituzionali introdotte dall'elezione diretta del Sindaco, non può che segnalare l'emersione, a livello normativo, dell'indirizzo politico anche nella gestione delle società ad evidenza pubblica anche in considerazione che, in passato, si riteneva che la permanenza in carica del titolare degli organi di vertice delle società pubbliche fosse indifferente all'eventuale cambiamento dell'autorità che lo aveva nominato.

In altri termini, l'art. 50 comma 8, TUEL, non si limita a fissare, nella materia, le attribuzioni del Sindaco e del Presidente della Provincia, ma definisce anche la regola, di portata generale (e prevalente sulle norme statutarie anteriori dei diversi enti, aziende e istituzioni, che eventualmente stabilissero in senso difforme), secondo cui le nomine e le designazioni di rappresentanti delle Amministrazioni locali presso altri Enti, rispettivamente, di competenza del Sindaco e del Presidente della Regione, devono considerarsi di carattere fiduciario, nel senso che riflettono il giudizio di affidabilità espresso attraverso la nomina, ovvero la fiducia sulla capacità del nominato di rappresentare gli indirizzi di chi l'ha designato, orientando l'azione dell'organismo nel quale si trova ad operare in senso quanto più possibile conforme agli interessi di chi gli ha conferito l'incarico[20].

In particolare, la giurisprudenza ha rilevato che «l'art. 50, comma 8, D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, stabilisce la regola, di portata generale, secondo cui le nomine e le designazioni di rappresentanti delle amministrazioni locali presso altri enti, rispettivamente, di competenza del sindaco e del Presidente della provincia, devono considerarsi di carattere fiduciario, nel senso che riflettono il giudizio di affidabilità espresso attraverso la nomina, ovvero la fiducia sulla capacità del nominato di rappresentare gli indirizzi di chi l'ha designato, orientando l'azione dell'organismo nel quale si trova ad operare in senso quanto più possibile conforme agli interessi di chi gli ha conferito l'incarico»[21].

Da tale caratterizzazione del potere di nomina di cui all'art. 50, comma 8, TUEL consegue, non solo la cessazione dalla carica in caso di scadenza del mandato del sindaco o di scioglimento del Consiglio comunale, ma anche che, nel caso in cui nel corso del mandato venga meno il rapporto fiduciario, il sindaco possa procedere alla revoca della nomina con provvedimento motivato.

Dunque, la disposizione in esame, evidenzia la presenza di un rapporto fiduciario, o meglio, determina l'effetto peculiare che, anche gli incarichi di amministratore di società debbano subire il vaglio di una valutazione sulla base di un rapporto fiduciario.

---

[20] Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2009, n. 7024, *in Foro amm*. CDS, 2009, 2581.

[21] TAR Trentino-Alto Adige, 12 luglio 2007, n. 131, in *Foro amm*. TAR 2007, 2300.

Tale rilievo offrirebbe il fianco all'obiezione secondo la quale si paleserebbe una violazione della formale equiparazione, in ordine ai diritti e agli obblighi, tra amministratori prevista dal secondo comma dell'art. 2449 c.c.

Prima della novella all'art. 2449 c.c., operata dalla legge n. 34/2008, si sarebbe potuto agevolmente rispondere che il richiamo alle disposizioni delle leggi speciali contenuto nella norma avrebbe consentito l'operatività del metodo dello *spoil system* anche agli amministratori di nomina pubblica. La mancanza di tale riferimento nella norma vigente impone, invece, una diversa giustificazione del sostanziale superamento del regime di parificazione tra gli amministratori.

In questo senso, sembra corretto ritenere che l'equiparazione prevista dalla seconda preposizione del secondo comma dell'art. 2449 c.c. riguardi lo *status* complessivo degli amministratori, ma che non possa che essere letta in diretta correlazione con la prima parte che riserva il potere di revoca agli enti che li hanno nominati. Da una lettura dell'intero disposto normativo in esame emergerebbe, allora, che gli amministratori hanno gli stessi diritti e obblighi nei confronti della società, ma sarebbero sottoposti ad un diverso regime in ordine alla revoca per la quale inevitabilmente varrebbero le regole speciali connesse ai meccanismi di nomina e, dunque, al vincolo fiduciario.

Tale opzione ermeneutica trova conforto nella giurisprudenza che ha affermato, in maniera che non lascia spazio a dubbi di sorta, che «il *pactum fiduciae* non può essere ricondotto al rapporto tra amministratore e società, dal momento che a quest'ultima è comunque preclusa la revoca del primo, se l'ente non concorda. Quindi, l'esistenza e permanenza del menzionato *pactum fiduciae* vanno piuttosto ravvisati nei rapporti tra ente (pubblico) e amministratore»[22].

In sostanza, nel rapporto tra amministratori di nomina pubblica ed ente pubblico, si inserisce una variabile in più che accresce l'area della dipendenza, non più in ragione della capacità di svolgere il proprio mandato secondo gli scopi pubblicistici sottesi alla corretta gestione dell'attività imprenditoriale della società ma, altresì, in ragione di una "compatibilità politica". Infatti, la nomina dell'amministratore avviene in base alla sua attitudine a fungere da strumento «per la realizzazione delle finalità perseguite dall'ente pubblico secondo la valutazione propria (quanto a obiettivi, priorità e modalità) delle forze politiche che si succedono alla guida dell'ente» stesso.

La revoca diventa lo strumento mediante il quale il socio pubblico può conclamare l'incompatibilità politica dell'amministratore ritenuto non idoneo allo svolgimento della gestione della società coerentemente con le nuove direttive di indirizzo politico. Tuttavia, il potere di revoca non può essere esercitato *ad libitum* (per il semplice venir meno del rapporto fiduciario, qualunque ne sia la

[22] Corte App. Milano, 5 maggio 2010, in *Società*, 2011, 263.

ragione) ma in modo congruente rispetto agli indirizzi stabiliti dal Consiglio o, in mancanza, rispetto a quelli che potrebbero essere da esso stabiliti»[23].

In proposito, si evidenzia che il terzo comma dell'art. 2383 c.c. stabilisce che gli amministratori sono revocabili in qualunque tempo, salvo il diritto dell'amministratore al risarcimento dei danni, se la revoca avviene senza giusta causa.

Come è noto, la nozione di giusta causa *ex* art. 2383 c.c. riguarda circostanze, anche oggettive e non integranti inadempimento, che però pregiudicano l'affidamento dei soci selle attitudini e capacità degli amministratori.

Coerentemente con gli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati in materia di incarichi pubblici presso enti, anche nel caso di revoca da parte dell'amministratore di nomina pubblica, si è in presenza di una nozione allargata di giusta causa, la quale impone una valutazione, si badi bene, non in termini di fiducia politica, ossia di semplice fedeltà politica, bensì in termini di *fiducia tecnica* (che dovrebbe connotare il rapporto tra vertice politico del socio pubblico e soggetto preposto ad un ente) la quale si dovrebbe basare su una valutazione personale dell'amministratore e delle sue qualità, dalla quale si possa pervenire a una ragionevole previsione che la sua azione sarà coerente con gli obiettivi di indirizzo politico perseguiti dal Governo; sempre se questi siano coerenti con i fini pubblici connessi nell'attività imprenditoriale svolta dalla società.

Al riguardo, risulta agevole riscontrare come, in caso di revoca di un amministratore di nomina pubblica di una società, in passato la giurisprudenza abbia ritenuto sussistente la giusta causa in presenza di un mutamento della maggioranza di governo, poiché «in caso di modificazione dell'orientamento politico, l'ente si ritrova a non poter contare sulla disponibilità/capacità di un soggetto di diversa estrazione a farsi interprete dei suoi nuovi e diversi progetti e ad avvertire di conseguenza la necessità di una sostituzione» dell'amministratore[24].

Nella stessa prospettiva va richiamato quanto rilevato dalla Corte costituzionale, la quale, valutando la legittimità di una norma regionale che sancisce la decadenza automatica dalla carica di amministratore di una società a partecipazione regionale allorquando si verifichi un cambiamento di maggioranza politica, ha affermato che non si riscontrerebbe alcun contrasto con l'art. 2383, secondo comma, c.c. – che sancisce invece in tre anni la durata massima della carica di amministratore e di componente del consiglio sindacale delle società per azioni –

[23] TAR Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 8 febbraio 2010 n. 1648, in *Foro amm. TAR*, 2010, 465.

[24] Cfr. Corte App. Milano, 5 maggio 2010, cit. Si deve segnalare come tale ricostruzione sia stata di recente messa in discussione della stessa Corte d'appello di Milano, la quale sulla base dell'assunto privatistico che governa le società pubbliche, si deve escludere che il mutamento della maggioranza politica possa costituire per ciò stesso giusta causa di revoca di amministratori e sindaci di società partecipate, anche se *in house* (Cfr. Corte App. Milano, 5 aprile 2016, n. 1299, in *Società*, 2016, 1265, con considerazioni critiche, che si condividono appieno, di A. Rossi, *Le società a partecipazione pubblica ancora a metà del guado: spoil system e giusta causa di revoca degli amministratori.*

poiché tale disposizione non si applica alle nomine *ex* art. 2449 c.c., le quali prevedono la possibilità di revoca al di fuori delle regole codicistiche[25].

Alla luce di quanto detto, non è perfettamente condivisibile l'opinione secondo la quale l'elemento fiduciario in questo caso sarebbe riferibile ai motivi che presiedono la scelta, non ai caratteri del rapporto nel suo svolgimento[26], in quanto la dinamica istituzionale della responsabilità politica impone che la scelta sia commisurata alla capacità di gestire con successo l'attività imprenditoriale. Infatti, si può sostenere che dalla sensibilità di alcuni settori di intervento delle società pubbliche derivi la circostanza che la gestione di queste non possa essere riservata interamente alle scelte degli amministratori, ma occorre che su questi si eserciti una corretta attività di direzione e coordinamento, sanzionabile anche con la revocabilità del mandato.

Giova ribadire, tuttavia, che affinché il possibile esercizio del potere di revoca non si traduca in un strumento per fare compiere agli amministratori operazioni imprenditoriali destinate al perseguimento delle più variegate politiche – che, magari, non potrebbero, o potrebbero difficilmente, essere realizzate all'interno di meccanismi di garanzia propri del diritto amministrativo, e che, invece, nell'ottica del diritto privato risultano essere di più agevole implementazione – occorre che le direttive sull'attività di impresa trovino nell'oggetto sociale il proprio fondamento.

In caso contrario, si dovrebbe escludere una giusta causa di revoca dell'amministratore in ragione proprio del dovere di astensione *ex* art. 2391 c.c., che in un'ipotesi del genere, su di lui incombe.

Alla luce di quanto detto, sembra corretto ribadire che l'amministratore di nomina pubblica è portatore, in termini oggettivi, dell'interesse pubblico *alla* società e, perciò stesso, egli è legato da un rapporto di soggezione con l'ente pubblico che lo nomina, anche se, a ben vedere, il rapporto fiduciario si connota, in maniera più puntuale, in termini soggettivi, in ordine alle dinamiche politico-istituzionali dell'ente pubblico stesso. La nomina degli amministratori o sindaci

[25] Cfr. Corte Cost., 16 giugno 2006, n. 233, in *Giur. cost.*, 2006, 2337. In tema dell'applicazione del cosiddetto metodo dello *spoils system* alle nomine presso enti occorre rammentate anche la pronuncia 23 marzo 2007 n. 104, in *Foro amm.-CdS*, 2007, 785, con la quale la Consulta ha dichiarato, invece, illegittime le norme della Regione Lazio che prevedevano la cessazione automatica degli incarichi presso enti in considerazione dell'insediamento del nuovo Consiglio regionale per violazione dell'art. 97 Cost. in ragione della circostanza che la decadenza automatica di tutte le nomine degli organi di vertice di enti regionali in qualunque momento conferite dagli organi politici della Regione, e senza alcuna valutazione tecnica di professionalità e competenza dei nominati, viola i principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione. Tuttavia, la Corte costituzionale ha limitato l'incidenza della sua pronuncia alle nomine presso enti pubblici e dei dirigenti non generali, senza pregiudicare il sistema introdotto nel suo complesso e dunque facendo salve le nomine presso società partecipate dalla regione.

[26] A. Scognamiglio, *Attività imprenditoriale e carattere strumentale dell'ente pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 454.

da parte del Sindaco o del Presidente della provincia, va riguardata nel più ampio quadro dell'attuazione degli indirizzi di politica amministrativa degli enti locali nei confronti delle società da questi partecipate.

Brevi riflessioni sullo statuto pubblicistico degli amministratori nel Testo unico

Con il presente articolo l'Autore, nell'esaminare alcuni profili di disciplina relativa agli amministratori di società a partecipazione pubblica alla luce del Testo unico e le relative applicazioni giurisprudenziali, coglie una contraddittorietà nel dato normativo e quindi un'incoerenza sistematica rispetto alla possibilità di configurare lo statuto ad essi applicabile in termini nettamente pubblicistici o privatistici (nonostante l'impostazione in quest'ultimo senso, data dall'art. 1, comma 3, t.u.s.p., che assoggetta le società a partecipazione pubblica alla disciplina codicistica sulle società di capitali).
In tale prospettiva, vengono prese in considerazione, in particolare, le disposizioni relative alla nomina e alla revoca degli amministratori di nomina pubblica, nonché, il peculiare regime giuridico previsto per le società *in house*.

Brief considerations on the public statutes of directors in the Consolidated Law

In this article, by examining some regulatory profiles concerning the directors of publicly owned companies in the light of the Consolidated Law and relative jurisprudential applications, the Author picks up on a contradiction in the normative data and therefore a systematic inconsistency with respect to the possibility of configuring the by-laws applicable to them in strictly public or private terms (despite the approach in this sense, as laid out in art. 1, paragraph 3 of the TUSP, which subjects public companies to the code of law on capital companies). In this perspective, the provisions relating to the appointment and revocation of publicly appointed directors are taken into consideration, as well as the specific legal regime envisaged for in-house companies.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 69-77

Articoli e saggi

La giurisdizione della Corte dei conti sulle società legali dopo il d.lgs. n. 175/2016

Arturo Iadecola

Sommario: 1. Premessa. – 2. La giurisdizione della Corte dei conti sulle società legali nella giurisprudenza delle Sezioni Unite. – 3. Società legali e testo unico sulle società a partecipazione pubblica. – 4. Conclusione.

1. *Premessa*

Nelle prime interpretazioni dell'art. 12 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175[1], è stata sostenuta la tesi per la quale il legislatore delegato avrebbe voluto recepire lo stato della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione[2], conferendo forza di legge all'orientamento per il quale, di regola, la Corte dei conti non ha giurisdizione sulle fattispecie di danno arrecato al patrimonio delle società a partecipazione pubblica – ma soltanto nei confronti di coloro che, all'interno di esse, rappresentano l'ente socio, per i danni arrecati a quest'ultimo – con l'eccezione delle società *in house*[3].

[1] Tra i commenti al testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, si segnalano, senza pretesa di completezza: Aa.Vv., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2017; Aa.Vv., *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, a cura di M. Lacchini, C.A. Mauro, Torino, 2017; Aa.Vv., *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, a cura di F. Fimmanò , A. Catricalà, Napoli, 2017; Aa.Vv., *Manuale delle società pubbliche*, a cura di D. Di Russo, 2ª ed., Torino, 2017; Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, a cura di C. Ibba, Demuro, Bologna, 2018; Aa.Vv., *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Milano, 2018.

[2] V., in particolare, Cass., ss.uu., 19 dicembre 2009, n. 26806, nota come sentenza Enel, pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2010, I, 1477, con nota di G. D'Auria, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, e Cass., ss.uu., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2014, II, 5, con nota di C. Ibba, *Responsabilità* erariale e *società* in house, e *ivi*, 2015, II, 236, con nota di E. Codazzi, *La giurisdizione sulle società* cd. in house*: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità* con il diritto societario.

[3] Così, ad esempio, A. Police, *La responsabilità amministrativa di amministratori e soci per cattiva gestione di società a partecipazione pubblica*, in Aa.Vv., *Manuale delle società pubbliche*, cit., 560.

Per il vero, anche così intesa, la norma conserva un proprio contenuto innovativo, se calata nel quadro complessivo della «riforma Madia». Attraverso l'attuazione delle più recenti direttive europee, infatti, ha acquisito rango normativo la stessa definizione di società *in house*, con una connotazione più duttile e «aperta» rispetto al modello, a capitale esclusivamente e necessariamente pubblico e gerarchicamente subordinato all'ente socio, che ha fatto da sfondo all'orientamento inaugurato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2013[4]. Tanto che si è giunti, in proposito, a parlare di due tipi di società *in house*, che si succedono dal punto di vista cronologico, e ad attribuire all'art. 12 la funzione di ricondurre alla giurisdizione contabile, in base all'art. 5 c.p.c., quelle azioni di responsabilità iniziate prima della sua entrata in vigore con riguardo a società che, per la mancata previsione del divieto statutario di alienazione delle azioni a privati, non avrebbero potuto essere considerate *in house* secondo la giurisprudenza, ma che rivestono tale qualità in base al modello delineato dalla riforma Madia[5].

Ulteriori difficoltà esegetiche attengono, poi, al carattere esclusivo, o meno, della giurisdizione contabile[6], con significativi risvolti sui margini di tutela dei soci privati e dei creditori sociali. Tutela che, per quanto consta, rappresenta una delle principali esigenze che vengono frapposte dalla dottrina alla espansione della giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica, sul presupposto che la responsabilità amministrativo-contabile sconta delle peculiarità (per tutte, il requisito della colpa grave) che ridurrebbero, rispetto alle azioni civilistiche, la possibilità di reintegrazione del patrimonio sociale[7].

Con il presente contributo si intende suggerire una riflessione su un argomento che il testo unico delle società a partecipazione pubblica non affronta direttamente, e cioè quello dei danni arrecati alle c.d. società legali. Più in parti-

---

Per la diversa opinione che, anche per le società *in house*, la natura erariale del danno andrebbe circoscritta, ai sensi del secondo comma dell'art. 12, al danno subito direttamente dal socio pubblico, con esclusione di quello subito dalla società, C. Ibba, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, in *Dir. econ.*, 2017, 662.

[4] V. l'art. 5 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, «Codice dei contratti pubblici», che, con riguardo alle società *in house*, ammette «forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata». V. anche gli artt. 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016.

[5] L. D'Angelo, *La società* in house *quale «elemento normativo della fattispecie» nell'*interpositio legislatoris *sulla giurisdizione contabile recata dal T.U. società partecipate*, in *Giustamm.it*, 2018, 6.

[6] Sull'argomento, in termini generali, V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in Aa.Vv., *La nuova Corte dei conti*, a cura di V. Tenore, 4ª ed., Milano, 2018, 41.

[7] In proposito, ad esempio, C. Ibba, *Responsabilità*, cit., 652 e, con specifico riguardo alle società legali, 667. A questo argomento può replicarsi che la maggior «mitezza» della responsabilità dinanzi alla Corte dei conti trova un bilanciamento, anche nella prospettiva della tutela degli eventuali soci privati e dei creditori sociali, nel carattere officioso dell'azione, che il pubblico ministero esercita senza compiere valutazioni di opportunità, e nella possibilità, per il requirente, di avvalersi di poteri investigativi di cui i soggetti privati non dispongono (artt. 51 ss. del codice di giustizia contabile, approvato dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174).

colare, si tenterà di comprendere se, dal momento che l'art. 12 contempla, quale unica eccezione alla regola della giurisdizione ordinaria, il danno al patrimonio delle società *in house*, conservi attualità quell'orientamento della giurisprudenza che, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016, ha ricondotto alla giurisdizione della Corte dei conti le fattispecie di danno incidente sul patrimonio delle società ascrivibili alla predetta categoria.

2. *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società legali nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*

Con l'espressione «società legali» sono state definite, nell'ambito della giurisprudenza della Corte di cassazione registrata a partire dalla fine del 2009, quelle società che trovano la propria origine nella legge, le quali, pur avendo veste formalmente privata, presentano caratteristiche che consentono di assimilarle agli enti pubblici, almeno per quanto attiene alla soggezione dei loro amministratori e dipendenti alla giurisdizione della Corte dei conti.

La Cassazione ha ricondotto alla categoria in questione almeno quattro società, in altrettante pronunce.

Nel 2009, pressoché contestualmente alla sentenza Enel[8], è stata riconosciuta la giurisdizione contabile sui danni al patrimonio della RAI - RADIOTELEVISIONE ITALIANA s.p.a., che è stata definita «società sottoposta a regole legali *sui generis*». A tal proposito, la Suprema Corte ha posto in evidenza alcuni elementi che connotano in senso peculiare la società in questione: l'attribuzione per legge della concessione del servizio pubblico radiotelevisivo; la soggezione alla vigilanza parlamentare e al controllo della Corte dei conti; il finanziamento a mezzo del canone, che ha natura di imposta; la qualità di organismo di diritto pubblico, che obbliga la società a indire procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli appalti[9].

Con un'ordinanza del 2010, è stata, poi, ricondotta alla giurisdizione della Corte dei conti l'ENAV s.p.a., con argomenti molto simili a quelli dell'ordinanza RAI del 2009[10]. Appare, in particolare, significativo, anche allo scopo di individuare gli elementi comuni alle diverse fattispecie esaminate dalle Sezioni Unite,

[8] Cass., ss.uu., n. 26806/2009, cit.

[9] Cass., ss.uu., ord. 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 4031, con nota critica di A. Pace, *La Corte di Cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai «ente pubblico»*. Successivamente, l'art. 3, comma 1, della l. 28 dicembre 2015, n. 220 ha inserito nel d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 l'art. 49 *bis*, ai sensi del quale «L'amministratore delegato e i componenti degli organi di amministrazione e controllo della RAI-Radiotelevisione italiana Spa sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali» (comma 1).

[10] Cass., ss.uu., ord. 3 marzo 2010, n. 5032, in *www.italgiure.giustizia.it*.

il rilievo attribuito alle norme di legge che hanno previsto la nascita dell'ENAV quale risultato della cosiddetta privatizzazione formale dell'ente pubblico Azienda autonoma di assistenza al volo, e che le affidano un servizio pubblico con oneri a totale carico dello Stato e la assoggettano alle norme di contabilità pubblica e al controllo della Corte dei conti.

Con una sentenza del 2014, poi, è stato respinto il ricorso per motivi di giurisdizione di un dipendente dell'ANAS s.p.a. avverso la condanna al risarcimento del danno erariale[11]. La Corte, dopo aver escluso che l'ANAS rientri tra le società *in house*, ha richiamato la propria giurisprudenza che aveva attribuito alla giurisdizione contabile il danno arrecato a essa quando aveva veste di ente pubblico economico, osservando come il cambio di forma giuridica[12] non abbia inciso sulla connotazione pubblicistica del soggetto e del suo patrimonio.

È in questa pronuncia che si rinviene, per la prima volta, il riferimento, da parte della Corte di cassazione in sede di scrutinio sulla sussistenza della giurisdizione contabile, alla categoria delle società legali, di cui si individua il *proprium* nella genesi del soggetto, «direttamente derivante da un atto normativo e non, come è naturale in società di diritto privato, da un atto negoziale, ancorché posto in essere dalla pubblica amministrazione in forza della capacità di agire *iure privatorum* che ad essa compete». Così intesa, osserva la Cassazione, la società legale «si pone su un piano diverso dal fenomeno negoziale previsto e disciplinato dal codice civile, ancorché possa mutuarne, per espressa previsione di legge, una o più caratteristiche».

L'affermazione della giurisdizione contabile sul danno al patrimonio dell'ANAS è, per il vero, corroborata, nella motivazione della sentenza, da ulteriori elementi, quali il finanziamento con i proventi dell'utilizzo del demanio stradale e l'esercizio della potestà autoritativa di accertare le violazioni al Codice della strada. È nel complesso di questi elementi, e non in ciascuno di essi singolarmente presi, che, secondo la Suprema Corte, va individuato il fondamento dell'assimilazione della società a un ente pubblico, ai limitati fini dell'indagine sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti.

L'importanza di questa pronuncia è considerevole, *in primis* perché ha evidenziato il tratto peculiare della costituzione per legge della società, cui i due provvedimenti precedenti non avevano dato risalto, e inoltre poiché ha riconosciuto che un ente può essere qualificato pubblico o privato a seconda della finalità per la quale la qualificazione dev'esser fatta. Ciò, secondo quella concezione «funzionale» o «cangiante» dell'ente pubblico che tende a emergere anche nella

[11] Cass., ss.uu., 9 luglio 2014, n. 15594, in *www.italgiure.giustizia.it*.

[12] La trasformazione in società per azioni dell'Ente nazionale per le strade ANAS è stata disposta dall'art. 7 del d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 agosto 2002, n. 178.

giurisprudenza del Consiglio di Stato[13], e che, oltre che affermata, è stata altresì messa in pratica dalle stesse Sezioni Unite, le quali, ad esempio, dopo aver assimilato la RAI a un ente pubblico ai fini della responsabilità amministrativo-contabile, hanno, nondimeno, escluso la giurisdizione amministrativa sulle procedure da essa indette per l'assunzione del personale[14].

Infine, nel 2016[15], la Cassazione ha attribuito la qualità di ente pubblico, in quanto implicitamente, ma inequivocabilmente, desumibile dal dato normativo, a una società istituita con legge regionale, sulla base di una legge dello Stato, avente funzioni di centrale di committenza[16] e soggetta alla direzione della Regione. Con riguardo a tale organismo, la pronuncia ha ravvisato una differenza, rispetto al modello della società *in house*, nel fatto che mentre, in quest'ultimo, il c.d. controllo analogo è attribuito al socio pubblico dallo statuto, nella fattispecie tale potere derivava da un atto normativo di rango legislativo[17].

3. *Società legali e testo unico sulle società a partecipazione pubblica*

Così, sinteticamente, ricostruito il percorso della giurisprudenza, si può tornare al quesito, sopra accennato, circa la persistente attualità dell'orientamento illustrato a seguito dell'entrata in vigore del testo unico, che non prende espressamente in considerazione la giurisdizione della Corte dei conti sui danni arrecati alle società legali.

Come è stato osservato in dottrina, si potrebbe ritenere che *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, e che, quindi, l'art. 12 abbia implicitamente negato la sussistenza di tale giurisdizione[18].

---

[13] V., in particolare, Cons. Stato, 11 luglio 2016, n. 3043, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 38, 96, secondo la quale il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato.

[14] Cass., ss.uu., ord. 22 dicembre 2011, n. 28329, in *www.italgiure.giustizia.it*.

[15] Cass., ss.uu., ord. 5 dicembre 2016, n. 24737, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 688, con nota di A. Giusti, *Giurisdizione contabile ed enti pubblici a struttura di s.p.a.: il caso delle centrali di committenza*, nonché in *Giur. it.*, 2017, 934 (m), con nota di F.G. Scoca, *Società private e giurisdizione contabile*.

[16] Sulle centrali di committenza, v. gli artt. 37 ss. del d.lgs. n. 50/2016, cit.

[17] Si legge, a tal proposito, nella motivazione della pronuncia: «l'agire della società dipendeva non da scelte, anche solo formalmente, adottate dagli organi in cui si esprimeva la sua soggettività, ma originanti direttamente dalla Regione, che quegli organi dovevano eseguire. […] La circostanza che la descritta modalità operativa venne imposta con un atto normativo di natura legislativa e non, come nelle società *in house*, attraverso la concreta regolamentazione statutaria determinata dall'ente pubblico partecipante senza la forza dell'atto legislativo in sede di determinazione del contenuto dell'atto costitutivo, evidenziava (…) un fenomeno anche sotto tale profilo non assimilabile, neppure per analogia, a detta figura».

[18] È una delle possibili interpretazioni indicate da A. Giusti, *op. cit.*, § 8: «L'art. 12 codifica i principi giurisprudenziali consolidati a partire dal 2009, limitandosi però a prevedere, espressamente, una sola delle eccezioni ricordate in precedenza, cioè quella delle società *in house*. La norma si apre, di conseguenza, a una duplice interpretazione: la prima, per cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, così che, salvo i casi di *in house*, anche per

Questa tesi, tuttavia, non convince, se si pone mente agli elementi di specialità che connotano le compagini di cui si discute, e alle ragioni per le quali si parla di esse – pur con la difficoltà di una loro *reductio ad unitatem* – come di società legali, o anche di diritto singolare.

È bene ricordare che la categoria in parola non è stata elaborata, sotto il profilo teorico, dalla giurisprudenza, la quale ha fatto riferimento, anche nella terminologia, ai risultati di importanti studi condotti sul tema a partire dai primi anni '90[19].

Non è questa la sede per ripercorrere le classificazioni che la dottrina ha operato, distinguendo tra le diverse fattispecie rinvenibili nella legislazione. Si deve, però, sottolineare come, anche quegli studiosi che hanno sostenuto il carattere privatistico delle società che traggono la propria origine dalla legge, abbiano, nondimeno, riconosciuto che a esse è sottratto il potere di porre fine alla propria esistenza, diversamente dalle società di diritto comune, che nascono per atto negoziale. Ciò, quanto meno per le società cosiddette coattive, che sono costituite direttamente dalla legge (salvo indagare sul momento in cui esse acquistano personalità giuridica, per la quale si è comunque ritenuta indispensabile l'iscrizione nel registro delle imprese). Si è sostenuto, al riguardo, che «è la stessa legge istitutiva che, imponendo di perseguire l'oggetto predeterminato, inibisce implicitamente la facoltà di autoscioglimento», ai sensi del codice civile, «fintanto che l'oggetto non sia stato raggiunto o sia diventato impossibile da raggiungere»[20].

Sicché, una parte della dottrina ha, condivisibilmente, ritenuto che la qualificazione delle società in parola come soggetti pubblici possa derivare proprio dal fatto che i pubblici poteri hanno ritenuto necessaria la loro esistenza in vita: «il carattere necessario o "libero" dell'ente societario viene a costituire il tratto discriminante, nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica, fra figure soggettive ontologicamente pubbliche ed organizzazioni societarie effettivamente partorite in seno a manifestazioni di autonomia negoziale»[21].

---

le società qualificate come enti pubblici dovrebbe affermarsi la giurisdizione ordinaria. In questo modo, sarebbero state accolte le critiche di quella parte della dottrina che, nonostante la natura pubblica dell'ente, ha comunque sottolineato la rilevanza della struttura societaria (indipendentemente dal fatto che sia una *in house* o qualsiasi altra di diritto singolare) e con essa l'esigenza di proteggere gli interessi di coloro i quali entrino in contatto con la società, maturando un affidamento sull'applicazione del diritto societario comune. La giurisdizione ordinaria, per questa via, sarebbe la più idonea a soddisfare entrambe le esigenze di tutela, fra l'altro con conseguenze più rigorose per il convenuto rispetto a quelle che avrebbe un'azione di responsabilità amministrativa».

[19] V., in particolare: C. Ibba, *Le società legali*, Torino, 1992; Id., *Società legali e società legificate*, in *Encicl. giur. Treccani*, 1993, vol. XXIX; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica - Il caso delle spa derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; M.G. Della Scala, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, fasc. 1, 391 ss.

[20] C. Ibba, *Società legali e società legificate*, cit., 4.

[21] M. Renna, *op. cit.*, 216.

Si possono, quindi, individuare, sia pure in via di approssimazione, i tratti unificanti delle società legali:

- nel fatto che sono state costituite non per atto negoziale, ma per legge, direttamente (società coattiva) o mediante imposizione dell'obbligo di contrarre (società obbligatoria), allo scopo di perseguire finalità di interesse pubblico; sovente la forma privatistica è conseguita alla trasformazione di preesistenti enti pubblici, istituiti per erogare servizi che, rivolti all'intera collettività, non assicuravano la copertura dei costi, e dunque non erano appetibili per gli operatori privati;
- nella circostanza che la legge, in vista del perseguimento del pubblico interesse, ne ha determinato il regime giuridico, mediante l'integrazione eteronoma dello statuto, secondo regole diverse e speciali rispetto a quelle applicabili a tutte le società, con una proporzionale limitazione dell'autonomia privata;
- nella conseguenza che è precluso a dette società disattendere le previsioni espresse e, comunque, la *ratio* delle norme che le riguardano, pervenendo, con atto negoziale, allo scioglimento o alla modifica di quelle regole che ne plasmano l'oggetto e l'attività.

Le società legali, dunque, possono essere assimilate agli enti pubblici in quanto, come questi ultimi, non possono disporre della propria esistenza[22].

Il modello preso in considerazione dal testo unico, nella sua interezza (e non solo nella parte dedicata alla responsabilità degli organi, ossia l'art. 12), è invece quello della società che, pur essendo partecipata dalla pubblica amministrazione, nasce per iniziativa privata o di enti pubblici che agiscono *iure privatorum*, e dunque non include la società legali, intese nell'accezione appena esposta. Di ciò è conferma la previsione, di cui all'art. 1, comma 4, lett. a), che restano ferme le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, le quali disciplinano le società a partecipazione pubblica «di diritto singolare» costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale, ovvero per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse.

Ne consegue che il fatto che l'art. 12 non attribuisca alla Corte dei conti i giudizi per i danni al patrimonio delle società legali non vale a sottrarli alla giu-

[22] Osserva C. Ibba, *op. ult. cit.*, 4, che lo scioglimento «è precluso dallo stesso interesse in vista del quale il legislatore ha disposto la costituzione della società; ed è la natura pubblica di questo interesse a spiegare perché la cessazione del rapporto sociale – come già la sua origine – sia sottratta alla disponibilità di chi ne è parte».

Sulla impossibilità di disporre della propria esistenza, quale elemento comune alle figure soggettive pubbliche, v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo* (a cura di F. Fracchia), Torino, 2014, 85, nonché S. Cimini, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in *www.federalismi.it*, 2015, 24, 10 ss.

risdizione contabile, che il testo unico non contempla perché trova fondamento in quella legislazione speciale che esso lascia «ferma», e su cui non interviene.

4. *Conclusione*

Può, quindi, affermarsi, in conclusione, che la giurisdizione della Corte dei conti sulle società legali esiste tuttora[23], sebbene non prevista dall'art. 12, poiché discende *tout court* dalle norme che affermano detta giurisdizione per i danni arrecati al patrimonio di enti pubblici, quali dette società, ai fini che qui vengono in rilievo, vanno considerate. E quindi, l'art. 52 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, l'art. 1 della l. 14 febbraio 1994, n. 20 e l'art. 1 del codice di giustizia contabile, approvato dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174[24].

[23] Giunge alla stessa conclusione A. Grasso, *Le società a partecipazione pubblica in Italia*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche nel testo unico*, cit., 92.

[24] Anche questa soluzione interpretativa è prospettata da A. Giusti, *op. cit.*, § 8, in alternativa a quella di cui si è detto nella nota n. 7.

La giurisdizione della Corte dei conti sulle società legali dopo il d.lgs. n. 175/2016

L'Autore, dopo una breve premessa sulle principali questioni poste dall'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016, che disciplina la responsabilità dei titolari degli organi delle società partecipate, esamina il problema della giurisdizione della Corte dei conti sui danni arrecati alle c.d. società legali, caratterizzate da un regime giuridico speciale dettato dalla legge che, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione anteriore all'entrata in vigore del testo unico, consente di assimilarle agli enti pubblici.

The jurisdiction of the Court of Auditors on legal companies in the light of Legislative Decree No. 175/2016

After a brief introduction to the main questions posed by art. 12 of Legislative Decree No. 175/2016, which governs the responsibility of the owners of the bodies of investee companies, the author examines the issue of the jurisdiction of the Court of Auditors on the damage caused to so-called legal societies, characterized by a special legal regime dictated by the law which, according to the jurisprudence of the Court of Cassation prior to the coming into force of the Consolidated Text, makes it possible to liken them to public bodies.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 79-94

Articoli e saggi

Elenco delle società *in house* – essenza del controllo analogo nelle società di diritto comune

Dario Usai

Sommario: 1. Premesse. – 2. La natura privatistica delle società *in house*. – 3. Libera concorrenza e *in house providing*. – 4. Controllo pubblico o analogo. – 5. Società o ente pubblico *in house*. – 6. Elenco *in house*. – 7. Conclusioni.

1. *Premesse*

Nel corso del 2016 vedono la luce, sia il codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), sia il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175). Entrambi presentano, come obiettivo comune, la razionalizzazione del sistema delle partecipazioni pubbliche, nell'ottica della riduzione della spesa pubblica e della promozione della concorrenza attraverso adeguati livelli di pubblicità e trasparenza in materia di contratti pubblici. Tale obiettivo nasce dal crescente allarme sull'aumento della spesa pubblica che è stato, tra l'altro, rilanciato dal coevo «Rapporto sulle partecipazioni pubbliche (Dati Anno 2014)», pubblicato dal Dipartimento del Tesoro nel mese di novembre 2016, da cui è emerso che, in base ai dati dichiarati dalle Amministrazioni oggetto della rilevazione[1], erano 48.896 le partecipazioni (di cui 35.034 dirette e 15.944 indirette) detenute in 8.893 organismi partecipati. A valle di un esercizio di ricostruzione delle quote di partecipazione indiretta, il Dipartimento predetto ha individuato ulteriori 44.384 partecipazioni

[1] Le Amministrazioni oggetto della rilevazione dei dati eseguita dal Dipartimento del Tesoro sono quelle comprese nel cosiddetto Settore S13 (definito annualmente dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, comma 3, della Legge 196/2009 per la redazione del conto economico consolidato delle Amministrazioni Pubbliche rilevante ai fini della procedura per i disavanzi eccessivi) con l'esclusione degli Enti privati di gestione di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, nonché individuate dall'articolo 1, comma 2, del Decreto Legislativo del 30 marzo 2001 n. 165 che, a titolo esemplificativo, include le ACI (Automobile Club d'Italia), le ASP (Aziende di Servizi alla Persona, già IPAB - Istituti di Pubblica Assistenza e Beneficenza), gli IACP (Istituti Autonomi Case Popolari)e, quindi, l'Elenco sarà l'occasione per avere dati certi e completi.

non dichiarate, portando il totale delle partecipazioni a quota 93.280. Il Dipartimento del Tesoro ha, inoltre, sottolineato che i dati raccolti non sono esaustivi delle quote di partecipazione in società detenute dalla totalità delle Amministrazioni Locali, in quanto non tutte hanno comunicato le proprie partecipazioni. Nonostante l'incompletezza delle dichiarazioni, il Rapporto in esame evidenziava, in base ai dati disponibili, la netta prevalenza degli affidamenti senza gara a società nelle quali le Amministrazioni Locali detengono quote di partecipazione non totalitarie, se non addirittura minoritarie; da qui la necessità di monitorare la sussistenza di ulteriori forme di controllo delle società partecipate ai fini di una migliore comprensione del fenomeno[2].

Da questo quadro fattuale origina la disciplina delle società a partecipazione pubblica, tra cui si annoverano le società *in house*, per come delineate dai decreti su citati, e l'istituto dell'elenco cd. *in house*.

2. *La natura privatistica delle società* in house

Con il Decreto legislativo n. 175/2016 si è giunti all'inquadramento privatistico delle società partecipate da enti pubblici, comprese le società *in house*, così come propugnato dalla giurisprudenza nomofilattica in varie sentenze, tra cui la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 19 dicembre 2009, n. 26806, che si è pronunciata in tema di competenza di giurisdizione per le azioni di responsabilità degli amministratori e sindaci, e le altre pronunce conformi che vi hanno fatto seguito, fra le altre, l'ordinanza del 1 dicembre 2016, n. 24591, in tema di competenza di giurisdizione per le controversie concernenti atti di nomina e di revoca degli organi sociali di società *in house*, la sentenza 24 gennaio – 27 marzo 2017, n. 7759, in tema di competenza di giurisdizione in materia di assunzioni da parte delle società *in house*, la sentenza della Corte di Cassazione Civile, Sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, in materia di ammissione delle società *in house* alle procedure concorsuali.

La natura privatistica delle società *in house* si reputa confermata dall'articolo 1, comma 3, del d.lgs. 175/2016, per cui «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato», oltre che dall'articolo 16, comma 2, del medesimo TUSP che, per disciplinare le modalità di esercizio del controllo analogo, elenca una serie di

[2] Per maggiori approfondimenti si rimanda alla relazione AIR delle linee guida pubblicate sul sito web dell'Autorità al seguente indirizzo: https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ContrattiPubblici/LineeGuida/_lineeGuida7.

deroghe agli strumenti di diritto societario, segnatamente: gli statuti delle s.p.a. possono contenere clausole in deroga all'art. 2380 *bis* c.c. (amministrazione della società nel sistema di *governance* tradizionale) e all'art. 2409 *novies* c.c. (amministrazione della società nel sistema di *governance* dualistico); gli statuti delle s.r.l. possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti *ex* art. 2468, comma 3, c.c.; inoltre, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di patti parasociali aventi anche durata superiore a 5 anni in deroga all'art. 2341 *bis* c.c, a conferma che le modalità di esercizio del controllo analogo sono, secondo il legislatore del testo unico, strumenti di diritto civile e non poteri d'imperio di diritto pubblico.

Tale orientamento, peraltro, è stato ribadito dal Consiglio di Stato, Comm. spec. del 1 febbraio 2017, n. 282, con il parere reso sulle linee guida ANAC n. 7[3], laddove ha affermato che: «Tale norma [art. 16 TUSP], sul presupposto che il soggetto *in house* non configuri un tipo societario aggiuntivo, ha ritenuto di introdurre le sole deroghe al diritto societario strettamente necessarie alla realizzazione dell'assetto di controllo analogo: la facoltà di attribuzione ai soci di poteri ulteriori rispetto al criterio ordinario di distribuzione delle competenze tra assemblea e amministratori; la possibilità di durata dei patti parasociali superiore a quella massima quinquennale. In tale contesto normativo, gli «strumenti di diritto pubblico» e il «contratto di servizio» non rientrano tra le soluzioni giuridiche attraverso le quali è possibile introdurre nello schema societario il requisito del controllo analogo».

Quest'ultima impostazione, come rilevato da attenta dottrina e dalla giurisprudenza, risulta peraltro in linea con quant'anche evidenziato nella Relazione ministeriale al Codice Civile del 1942, ove già si affermava che «in questi casi, è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongono diversamente».

Tuttavia stante l'esegesi e le finalità che l'ordinamento serba alle società *in house*, ossia la funzione strumentale delle stesse nell'espletamento di una attività intestata alla pubblica amministrazione, si registra che tale «scelta di fondo» non è immune da dubbi interpretativi dipesi dalla fase di metabolizzazione dei nuovi testi normativi.

[3] Linee guida n. 7, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 235 del 15 febbraio 2017 ed aggiornate al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con deliberazione del Consiglio n . 951 del 20 settembre 2017, in attuazione dell'articolo 192, comma 1, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e recanti «Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016».

Infatti, non ci si deve dimenticare che l'istituto dell'*in house providing* è il frutto di una elaborazione giurisprudenziale europea tesa a tutelare la concorrenza nell'ambito del *public procurement*, nei termini che sono consentiti (*rectius*: giustificati) gli affidamenti senza procedura ad evidenza pubblica a soggetti formalmente terzi, ma che sostanzialmente si possono considerare una *longa manus* dalla pubblica amministrazione affidante.

3. *Libera concorrenza e in* house providing

Da sempre la giurisprudenza comunitaria (a partire dalla sentenza 9 settembre 1999 in causa *Risan* n. 108/98 e dalla nota sentenza 18 novembre 1999 in causa Teckal n. 107/98), afferma che l'affidamento diretto di appalti pubblici è in contrasto con il generale principio di libera concorrenza stabilito agli articoli da 101 a 109 e del TFUE, salvo che non si versi in un affidamento cosiddetto *in house providing* (letteralmente «prodotto in casa»). Tale concetto è stato ben chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza 23 dicembre 2008, n. 439, per cui «la giurisprudenza della Corte di giustizia (*ex multis*, sentenza Stadt Halle dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/03) ha […] riconosciuto che rientra nel potere organizzativo delle autorità pubbliche "autoprodurre" beni, servizi o lavori mediante il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una "relazione organica" (cd. affidamento *in house*). Nella prospettiva europea, infatti, la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato. Il meccanismo dell'affidamento diretto a soggetti *in house*, deve, però, essere strutturato in modo da evitare che esso possa risolversi in una ingiustificata compromissione dei principi che presiedono al funzionamento del mercato e, dunque, in una violazione delle prescrizioni contenute nel Trattato a tutela della concorrenza». In altri termini, l'*in house providing* non deve costituire il mezzo per consentire alle autorità pubbliche di svolgere attività di impresa in violazione delle regole concorrenziali, che si basano sul principio del pari trattamento tra imprese pubbliche e private (art. 295 del Trattato CE).

Altrettanto il Consiglio di Stato che, nell'Adunanza Plenaria del 3 marzo 2008, n. 1, stabiliva che l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come una diramazione organizzativa della stessa: solo in tal caso non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti.

Tali orientamenti, ancorché datati, risultano confermati dalla Corte di Giustizia U.E. (*ex multis* CGE 8 dicembre 2016, C-553, Undis Servizi c. Comune di Sulmona) che ha stabilito che: «Dato che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza far necessariamente ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (v., in tal senso, sentenza dell'11 gennaio 2005, *Stadt Halle e RPL Lochau,* C-26/03, EU:C:2005:5, punto 48), la Corte ha giustificato il riconoscimento dell'eccezione relativa agli affidamenti detti «*in house*» con l'esistenza di un legame interno particolare, in un caso del genere, tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente affidatario, anche se quest'ultima entità è giuridicamente distinta dalla prima (v., in tal senso, sentenza dell'8 maggio 2014, *Datenlotsen Informations Systeme*, C-15/13, EU:C:2014:303, punto 29). In casi siffatti, si può ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice ricorra, in realtà, ai propri strumenti (v., in tal senso, sentenza dell'8 maggio 2014, *Datenlotsen Informations Systeme,* C-15/13, EU:C:2014:303, punto 25) e che l'ente affidatario faccia praticamente parte dei servizi interni della stessa amministrazione».

Quindi, la società *in house* perché possa essere considerata tale, e sia quindi potenziale affidataria diretta di commesse pubbliche, deve poter essere considerata alla stregua di un «ufficio» ovvero soggetto solo formalmente terzo e sotto ordinato della pubblica amministrazione conferente.

Tale tratto distintivo è stato positivizzato all'art. 12 della direttiva appalti (2014/24/UE), all'art. 28 della direttiva settori speciali (2014/25/UE) e all'art. 17 della direttiva concessioni (2014/23/UE), che hanno stabilito che l'appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato può essere sottratto alle regole dell'evidenza pubblica ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di che trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi;
c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Merita osservare che il legislatore comunitario non pone alcun distinguo sulla natura giuridica del soggetto *in house*, definendolo persona giuridica pubbli-

ca o privata, in linea con la libertà dei singoli Stati membri di declinare la regola comunitaria per meglio adattarla alle varie realtà ordinamentali.

4. *Controllo pubblico o analogo*

Le direttive precisano, altresì, quando possa ritenersi che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, richiedendo che la stessa sia titolare di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Come si declina l'influenza determinante? Un dato di partenza discende dallo stesso articolo 2, lett. b) del decreto delegato 175, che in sede di definizione del «controllo» stabilisce: «la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. 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». La situazione descritta dall'articolo 2359 del codice civile si riconduce all'influenza dominante sugli organi assembleari. La distinzione semantica tra influenza «dominante» e «determinante», che si rinviene nelle definizioni di «controllo» e «controllo analogo», se ha una valenza, deve necessariamente condurre a due forme di «esercizio» diverse tra loro. E se, come sopra evidenziato, l'influenza dominante del controllo descritta dall'articolo 2359 del codice civile si traduce in un controllo del socio e/o dei soci sulle decisioni societarie riservate all'assemblea dalla legge e dallo statuto, il controllo analogo dovrebbe avere necessariamente un *quid pluris* che lo avvicina al parametro normativo di riferimento, ossia il rapporto inter-organico che la stessa amministrazione ha verso i propri organi/uffici.

Peraltro, a conferma dell'incertezza delle definizioni, si ritiene singolare che la situazione di controllo pubblico si può avere 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, viceversa per il controllo analogo congiunto si è ritenuto sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, ancorché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità anche attraverso il principio maggioritario[4].

[4] Sul punto CGE 29 novembre 2012 C-182/11 e C-183/11, Cons. di Stato, Sez. V, 5 gennaio 2018, n. 182, Cons. di Stato, Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; Cons. di Stato, 9 marzo 2009, n. 1365.

Come è facile prevedere, non è semplice conciliare il potere della P.A. di dirigere le più importanti vicende societarie con lo schema civilistico delle società per le quali, nel sistema tradizionale, le funzioni di indirizzo spettano all'assemblea e le funzioni gestionali agli amministratori, con attribuzione alla prima del potere di nomina degli amministratori (art. 2380-bis e ss.), ai quali viene lasciata necessariamente un'autonomia rispetto ai soci, stante anche le responsabilità degli amministratori verso la società (artt. 23922393 c.c.), verso i creditori sociali (art. 2394 c.c.) oltre che verso i terzi (art. 2395 c.c.).

Tali contrapposizioni si riverberano necessariamente sulle modalità di esercizio del controllo analogo, che non può non essere reale e stringente, così come richiesto dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, e che secondo dottrina[5] e giurisprudenza sul punto[6] si può rinvenire nel potere di etero-direzione che si rinviene nei rapporti di gruppo di imprese ex articolo 2497 c.c.

Tale tesi ancorché autorevolmente spiegata dalla dottrina e dalla giurisprudenza e condivisibile in termini di responsabilità degli enti, non spiegherebbe il distinguo che sussiste tra società in controllo pubblico e le società *in house* assoggettate al controllo analogo, per via della presunzione relativa che si rinviene nell'art. 2497-sexies c.c. laddove «si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359». Tuttavia la norma di cui all'articolo 2359 c.c., che prevede l'influenza dominate alla base del controllo dei soci, non trova piena rispondenza nella rilocalizzazione dei poteri gestori che interviene nell'ipotesi del controllo analogo, così come concesso dalla clausola in bianco prevista dall'articolo 16, comma 2, lett. a) del TUSP.

5. *Società o ente pubblico* in house

Un altro aspetto che suscita una riflessione è che le finalità che la pubblica amministrazione persegue attraverso una partecipazione ad una società, esercitandone il controllo o meno, è necessariamente lo svolgimento di una attività – commerciale o meno che sia – preordinata al perseguimento di un interesse pubblico che è prefissato dalla norma, ma può trovarsi in antitesi con la rimunerativa del capitale investito, che è la causa tradizionale del contratto societario. Di certo

[5] C. Pecoraro, *Il controllo sulle società in house secondo le nuove Direttive sugli appalti pubblici e sull'aggiudicazione di concessioni*, dattiloscritto presentato al VII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale *Orizzonti di diritto commerciale*, Roma, 26/27 febbraio 2016, 19 ss

[6] Tribunale Roma, 2 Luglio 2018. Est. Romano *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 20276 - pubb. 26/07/2018.

non sfugge il principio che la finalità pubblicistica non incide sulla forma, stante la neutralità della stessa[7], ciò non di meno si nutrono dubbi sulla coincidenza tra interessi generali, di cui al diritto comune, ed interessi pubblici, propri del diritto pubblico, infatti l'interesse pubblico è necessariamente mediato dal principio della legalità che permea l'attività della pubblica amministrazione[8] e tale aspetto in combinato con il principio fondante della prevalenza della sostanza sulla forma, porta a dubitare della portata precettiva della scelta di fondo, operata dal legislatore delegato, di calare la società *in house* nella disciplina societaria al pari delle altre società partecipate dal pubblico, ancorché con le accennate distinzioni.

In altri termini, nonostante la scelta compiuta dal legislatore, risulta difficile nella sostanza non associare le società *in house* agli enti strumentali della PA, stante le caratteristiche e le finalità che le stesse, per quanto tali, devono possedere e perseguire.

In tal senso induce a deporre l'interpretazione della Corte di Giustizia Europea (VII sezione), Sentenza 22 febbraio 2018, causa C-182/17, NTN[9], laddove si è espressa sul significato da attribuire alla nozione di «ente di diritto pubblico» richiamando una precedente sentenza della Corte di giustizia europea (Sez. IV, 29/10/2015 n. C-174/14). Segnatamente in tale ultima sentenza la Corte europea aveva individuato, pronunciandosi sull'assoggettamento alla norma relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto,[10] alcuni connotati della società oggetto di giudizio che sembravano qualificarla come ente di diritto pubblico quali, in particolare: a) la partecipazione pubblica totalitaria; b) l'influenza determinante esercitata dall'amministrazione sulle attività della società; c) il regime giuridico cui è sottoposta la società (nel caso di specie, la Corte aveva rilevato che la normativa nazionale applicabile assoggettava tale società al regime delle imprese pubbliche, mentre il diritto privato trovava applicazione solo in misura secondaria); d) lo svolgimento di un'attività prevalente in favore dell'amministrazione; e) in ultimo, la sussistenza di un nesso organico tra la società e l'amministrazione

[7] Cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale del 21 aprile 2016 n. 968, nel parere sullo schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, per cui «L'interesse pubblico non è […] idoneo ad alterare il tipo societario conducendo alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile», in considerazione del fatto che «Lo strumento delle società è, infatti, utilizzato anche nel settore del diritto civile per il conseguimento di scopi non lucrativi […]».

[8] Cfr. l'art. 29 della legge 7 agosto 1990, n. 241, non modificato dal TUSP, che prevede che le norme sul procedimento si applicano anche «alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative». Non trovano applicazione, pertanto, solo i principi generali dell'attività amministrativa (art. 1, comma 1-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241) ma anche le puntuali regole procedimentali.

[9] F. Gallarati, *L'IVA e le società in house: la Corte di Giustizia ritorna sulla nozione di «ente di diritto pubblico» ai sensi della direttiva 2006/112/CE*, in *DPCE Online, Vol. 35 No 2*, 2018.

[10] Ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della Direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006.

che, nella fattispecie, era stato ravvisato nel fatto che tale società fosse stata costituita con un atto dell'amministrazione con il fine di fornire a quest'ultima un servizio di interesse generale.

Sulla base di questi indici rivelatori, si comprende che, allo stato attuale, l'unico elemento di dissonanza nel nostro ordinamento per il riconoscimento della natura di ente pubblico alle società *in house* è dato dall'applicazione della disciplina di diritto comune.

Queste brevi notazioni non hanno la pretesa di mettere in discussione i recenti approdi della giurisprudenza e del legislatore sulla natura giuridica delle società partecipate dal pubblico, men che meno declinare un diverso criterio qualificatorio delle predette società *in house*, ma semplicemente delineare il quadro di incertezza che permea l'argomento e che, in parte, si riflette sull'attività dell'ANAC nell'iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 192 del codice dei contratti pubblici delle amministrazioni pubbliche che intendono operare affidamenti diretti a proprie società *in house*.

6. *Elenco* in house

Nel quadro delineato nei paragrafi precedenti si staglia l'attività di verifica amministrativa che l'ANAC svolge mediante l'elenco *in house* di cui all'articolo 192 del codice dei contratti pubblici, per il quale necessita sottolineare che l'Elenco è istituito «anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici», in aderenza al criterio di cui alla lettera eee) dell'articolo 1, comma 1 della legge-delega n. 11 del 2016. L'Elenco, inoltre, tende – per come impostato – ad una rilevazione specifica nell'ambito del più vasto settore delle società a partecipazione pubblica, rilevando anche quella parte di affidamenti destinata a organismi partecipati qualificabili come organismi *in house*, in quanto in possesso di tutti i requisiti a tal fine prescritti dalla normativa comunitaria e nazionale.

In attuazione del richiamato fine, l'Autorità ha definito, come detto, in un quadro normativo non chiaro stante il collocamento dell'articolo 192 nella parte quarta del codice dei contratti pubblici (dedicata al "partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento") anziché nella parte I (dedicata ai "Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice"), l'ambito soggettivo di riferimento della previsione normativa sopra citata e ha individuato le modalità per la presentazione della domanda, le regole dell'istruttoria, nonché la documentazione da produrre a comprova del possesso dei requisiti prescritti dalla legge.

Con le linee guida l'Autorità ha ampliato la platea dei soggetti iscrivibili in apparente difformità alla norma di cui all'articolo 192, che nel primo periodo del comma 1 indica le «società *in house* di cui all'articolo 5 del codice», ma che a sua volta, nello stesso comma, parla di persone giuridiche di diritto pubblico e di diritto privato, e, al terzo periodo del medesimo comma, parla di affidamenti ad "enti strumentali" e nel comma 2 di affidamenti a "soggetti *in house*".

Peraltro la scelta di annoverare tra i soggetti iscrivibili non solo le società, ma tutti gli organismi che presentano i requisiti per essere affidatari diretti di attività da parte di una amministrazione aggiudicatrice piuttosto che di un ente aggiudicatore, risulta maggiormente in linea con la formulazione del legislatore delegante che nell'articolo 1, comma 1, lettera *eee)* della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (legge delega) parla di "affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico".

Criticità terminologica che lo stesso Consiglio di Stato nel suo parere allo schema di decreto per l'adozione del nuovo codice dei contratti del 1 aprile 2016, n. 855, aveva rilevato, richiamando il legislatore delegato a porre l'istituto in parola all'interno dell'articolo 5 e ad utilizzare il termine «soggetto» in luogo di «società» *in house*.

In tale contesto l'Autorità ha optato per l'iscrizione degli organismi *in house*, in virtù della riconosciuta «deformalizzazione» della pubblica amministrazione – così come enunciato già dalla Corte di Cassazione a sezioni unite, in una sentenza sul riparto di giurisdizione del 22 dicembre 2003, n. 19667 – per garantire quegli adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici espressamente richiamati dall'articolo 192 citato.

Al riguardo, però, corre l'obbligo di evidenziare l'avviso contrario della Corte di Cassazione SS.UU. del 2/2/2018, n. 2584, che riconducendo al sistema del "diritto comune" le società partecipate nel solco della sentenza della Corte di cassazione, Sezioni unite, Sentenza 27 marzo 2017, n. 7759, viceversa enuncia – pronunciandosi negativamente in materia di riparto di giurisdizione contabile su di una Fondazione istituita da un ente locale – che «La figura dell'affidamento *in house* trova la sua precipua collocazione nell'ambito di attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e che proprio in tale ambito può trovare spazio l'analisi dell'ente al fine di rinvenire un agire sul mercato in termini concorrenziali con altri soggetti economici: situazione questa che va del tutto esclusa, in ragione della statutaria previsione della Fondazione, di non perseguire fini di lucro».

Ciononostante preme sottolineare che tale autorevole interpretazione non è condivisa dalla giurisprudenza comunitaria, che dell'istituto dell'*in house* né è il demiurgo, la quale è costantemente orientata a riconoscere la possibilità di affidamenti *in house* anche a enti *no profit*. Ad esempio la sentenza della Corte di giustizia U.E. del 19 giugno 2014, C-574/12, al punto 33 afferma: «A tale proposi-

to, occorre anzitutto ricordare che la circostanza che l'aggiudicatario è costituito in forma di associazione di diritto privato e non persegua scopo di lucro è priva di rilevanza ai fini dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e, di conseguenza, della giurisprudenza della Corte relativa all'eccezione riguardante le operazioni «*in house*». Infatti, una simile circostanza non esclude che l'entità aggiudicatrice di cui trattasi possa esercitare un'attività economica (v., in tal senso, sentenze, sentenze *Sea,* C 537/07, EU:C:2009:532, punto 41, e CoNISMa, C 305/08, EU:C:2009:807, punto 45)».

Inoltre, occorre tenere a mente che la norma di recepimento dell'istituto dell'autoproduzione è il codice dei contratti pubblici, segnatamente l'articolo 5, il quale, al comma 1, non qualifica il soggetto *in house*, ma richiama semplicemente «una persona giuridica di diritto pubblico o privato». Vale altresì osservare che il criterio societario individuato del TUSP non appare sufficiente per imporre alla P.A. di perseguire i propri interessi, commerciali e non, esclusivamente attraverso il predetto modello societario; ciò, peraltro, sarebbe contrario al principio dell'autonomia degli enti locali che nell'organizzazione delle proprie funzioni risultano, fino a prova contraria, liberi di autodeterminarsi ai sensi dell'articolo 117, commi 4 e 6, della Carta costituzionale. Peraltro lo stesso TUSP all'articolo 1, comma 4, lett. b) fa salva la normativa riguardante la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni.

Al fine di meglio comprendere le scelte operate dall'ANAC, occorre nuovamente richiamare quanto affermato dal Consiglio di Stato nel parere 282 citato, per cui «La domanda di iscrizione nell'elenco […] non costituisce un atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un "titolo" abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti. Essa ha, piuttosto, una duplice rilevanza. Da un lato – secondo uno schema concettuale che estende al potere amministrativo sottoposto a controllo pubblicistico il paradigma della segnalazione certificata delle attività private di cui all'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 – essa consente ex se di procedere all'affidamento senza gara, rendendo operativa in termini di attualità concreta, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimentale preventiva, la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore. Dall'altro lato, detta domanda innesca una fase di controllo dell'ANAC, tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa – comunitaria e nazionale – subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato»; di talché la presentazione della domanda di iscrizione consente all'amministrazione aggiudicatrice ovvero ente aggiudicatore, sotto la propria responsabilità, di affidare il servizio al proprio organismo *in house* o società che sia. L'iscrizione nell'elenco avviene all'esito dell'istruttoria sulla sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, e precisamen-

te dal predetto articolo 5 del codice dei contratti pubblici ovvero dagli articoli 4 e 16 del T.u.s.p.

È bene chiarire che trattasi di un controllo statico del rapporto intercorrente tra l'amministrazione e il proprio organismo *in house providing*, in altri termini il sistema non è finalizzato alla verifica abilitativa di ogni singolo affidamento che l'amministrazione effettua nei confronti della propria società *in house* (*rectius*: organismo *in house*), quanto piuttosto un controllo *ex ante* circa la sussistenza dei requisiti «soggettivi» dell'*in house providing*.

Tale impostazione risulta in linea con quanto espresso dal Consiglio di Stato nel predetto parere: «Correttamente, le linee guida si occupano dei soli requisiti "soggettivi" dell'*in house*, e non delle regole di trasparenza dei singoli affidamenti, quali: l'onere per le stazioni appaltanti di motivare il mancato ricorso al mercato (art. 192, comma 2); l'obbligo di pubblicazione e aggiornamento di tutti gli atti connessi all'affidamento, ove non secretati (art. 192, comma 3)».

Il procedimento, come accennato, mira a verificare la sussistenza dei requisiti (soggettivi) dell'autoproduzione tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'organismo *in house*.

Per il requisito dell'oggetto sociale esclusivo viene verificato che le attività previste dallo statuto dell'ente istante siano coerenti alle finalità istituzionali dell'ente controllante ed in particolare per le società, ai sensi del comma 4 dell'art. 16 del d.lgs. 175/2016, viene verificato che l'oggetto indicato sia ricompreso tra quelli previsti dalle lettere a) produzione di un servizio di interesse generale, b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra pubbliche amministrazione, d) autoproduzione di beni e servizi strumentali ed e) servizi di committenza, salvo che la domanda di iscrizione non riguardi una delle società indicate nell'allegato A dello stesso decreto 175/2016.

Per il requisito del controllo analogo viene verificato che nella documentazione allegata alla domanda sia puntualmente descritta la modalità di esercizio del controllo analogo, avendo come riferimento di base gli elementi indicati dal punto 6.3 delle linee guida al fine di accertare attraverso «una valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso» la sussistenza del potere di influenza determinate prescritto dall'articolo 5, comma 2, del d.lgs. 50/2016. Il sistema di regole societarie deve infatti garantire che l'ente controllante eserciti «un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata» attraverso «poteri di controllo, di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario».

Pertanto, nella domanda si deve individuare il o i soggetti/organi/uffici nominati od indicati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante che esercitano concretamente le attività di controllo analogo più significative, tra cui rien-

trano: a) l'indicazione degli obiettivi strategici della società; b) la approvazione/valutazione delle decisioni di maggior rilievo, c) la possibilità di impartire direttive puntuali agli organi dell'*in house*; d) la funzione di monitoraggio dell'aderenza dei risultati alle indicazioni impartite.

Laddove tali elementi siano contenuti in atti propri dell'amministrazione controllante, ad esempio regolamenti sul controllo delle partecipazioni o dei controlli interni, essi dovranno essere chiaramente richiamati nello statuto.

In questa attività istruttoria assume rilevanza la verifica di eventuali discordanze tra i vari atti societari nonché del bilanciamento dei poteri tra i vari attori societari. Ad esempio nel caso in cui il controllo analogo sia esercitato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori che partecipino all'ente controllato, la verifica dovrà approfondire che siano rispettate anche le previsioni normative del comma 5 dell'art. 5 del d.lgs 50/2016, segnatamente: a) che negli organi decisionali dell'organismo controllato siano rappresentati tutti gli enti che esercitano il controllo analogo congiunto, b) che l'esercizio del controllo analogo sia effettuato congiuntamente (ciascun ente controllante partecipa, indipendentemente dal valore della propria partecipazione, alle attività di controllo analogo) e c) che l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli dell'ente controllante. Nel caso di controllo analogo congiunto sarà necessario perciò individuare quali siano le modalità di esercizio dello stesso rinvenendole in appositi accordi, convenzioni o patti parasociali, ovvero nelle clausole statutarie. Come per il controllo diretto, i soggetti/organi/uffici cui è affidato l'esercizio operativo del controllo analogo dovranno essere di nomina/indicazione di tutte le amministrazioni aggiudicatrici controllanti e ad essi deve rinviare specificatamente lo statuto dell'organismo *in house* controllato.

Ulteriore profilo di disamina, nel caso di controllo analogo congiunto, è quello relativo a previsioni statutarie che prevedano l'esercizio del controllo analogo solo per alcune delle amministrazioni aggiudicatrici. Si ritiene infatti plausibile, ai fini dell'iscrizione nell'elenco di che trattasi, la partecipazione all'organismo *in house* di amministrazioni aggiudicatrici non esercenti il controllo analogo. In tali casi, qualora lo statuto dell'organismo *in house* preveda che i poteri di controllo analogo siano attribuiti solo ad uno degli enti partecipanti o ad alcuni di essi, lo statuto stesso dovrà specificare gli enti partecipanti a cui tali poteri spettano ovvero rendere preventivamente individuabili gli stessi (i.e. non si può assentire il controllo analogo in subordine all'affidamento). L'iscrizione all'elenco dovrà in tali casi essere presentata, ed al ricorrere dei requisiti essere approvata, per i soli enti muniti di poteri di controllo analogo.

In tal caso i soci senza poteri di controllo analogo non potranno effettuare affidamenti *in house* salvo aggiornamento dello statuto e presentazione di una nuova/modifica della domanda di iscrizione.

Per il requisito dell'attività prevalente si verifica che l'attività dell'organismo *in house* sia svolta all'esito dell'affidamento da parte degli enti controllanti o da altri enti sottoposti a controllo analogo delle stesse amministrazioni aggiudicatrici, verificando:

- per le società che la clausola suesposta sia correttamente riportata nello statuto sociale (essa dovrà indicare una quota superiore all' 80% e ricomprendere gli affidamenti esclusivamente degli enti suindicati pena la perdita del requisito);
- per altri organismi *in house* che tale condizione sia desumibile dalla documentazione presentata (previsione statutaria o in altri atti).

Per il requisito della partecipazione pubblica all'organismo *in house* la verifica mira ad accertare:

- per le società, l'assenza di partecipazioni di soggetti privati, salvo i casi in cui essi siano prescritte[11] dalla legge e che comunque non comportino poteri di veto;
- partecipazioni o modalità di finanziamento per gli enti diversi da società.

[11] Per un approfondimento sul punto si rimanda alla relazione AIR delle linee guida n. 7, per cui: « la differenza terminologica tra il testo delle direttive europee e quello dell'art. 5 del Codice non è solo testuale: il riferimento alla "prescrizione" contenuto nelle direttive comporta che la partecipazione da parte di privati nell'organismo *in house* è ammessa solo se imposta, e non anche soltanto consentita, dalle disposizioni di legge nazionale. Al riguardo, appare utile richiamare il contenuto del considerando 32 della dir. 2014/24/UE, ove il legislatore europeo osserva che – in via generale – in caso di partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, «date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata». In tale considerando si chiarisce, quindi, che il legislatore europeo intende riferirsi esclusivamente ai casi in cui la partecipazione di privati al capitale della società pubblica è resa «obbligatoria» da una disposizione legislativa nazionale. Infine, il dubbio interpretativo che nasce dal diverso termine utilizzato dal legislatore italiano nel recepire la previsione europea all'art. 5, comma 1, lett. c) del Codice può ritenersi fugato dalla previsione del decreto legislativo n. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) che, all'art. 16, consente affidamenti diretti alle società *in house* soltanto se non vi sia partecipazione di privati, ad eccezione di quelle "prescritte" da disposizioni di legge. Del resto, è da osservare che anche lo stesso art. 5 del Codice, al comma 3, laddove descrive il modello dell'*in house* cd. "invertito", fa riferimento alla "prescrizione" di partecipazione di capitali privati da parte della legislazione nazionale e non alla semplice previsione della partecipazione. Pertanto, si ritiene che anche la previsione di cui al comma 1, dell'art. 5, debba essere interpretata nel senso indicato dalle direttive, non apparendo giustificata una diversa disciplina delle due tipologie di affidamento *in house* (classico e invertito)».

Peraltro sul punto dell'attività prevalente si profilano diverse questioni circa l'imputazione del fatturato ai soli Enti soci ovvero, come sembrerebbe plausibile, alle altre persone giuridiche da questi controllati, stante l'incongruenza tra l'articolo 16, comma 3, del TUSP, che si riferisce solo ai «soci» e lo stesso articolo 4, comma 4, del medesimo testo unico che, viceversa, si riferisce agli enti partecipanti o affidanti; contraddizione che in realtà si ravvisa anche con il comma 2, dell'articolo 5 del codice dei contratti pubblici ove alla lettera b) si riferisce all'attività prevalente effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi.

7. *Conclusioni*

Trovare l'essenza del controllo analogo della società *in house providing*, che si divide tra l'esigenza della pubblica amministrazione di perseguire il fine pubblico – normativamente previsto e disciplinato – e l'esigenza della salvaguardia dell'interesse generale che l'ordinamento assicura attraverso la disciplina del diritto comune – a cui il TUSP riconduce le stesse società *in house* –, alla luce della variegata casistica che connota gli affidamenti *in house providing* e le società partecipate dal pubblico non sarà compito di pronta soluzione, posto che, al fine di configurare l'assetto *in house* come comunitariamente inteso e recepito, resta imprescindibile garantire ai soci pubblici quel rapporto inter-organico che si sostanzia in un'effettiva e puntuale ingerenza nella gestione della società, attribuendo loro poteri che spettano ordinariamente all'organo amministrativo, ma, come accorta dottrina[12] ha evidenziato, non si può spingere oltre la negazione dei presupposti fondanti la stessa società.

[12] Per un'approfondita disamina del bilanciamento del controllo analogo del socio pubblico con gli strumenti statutari previsti dall'art. 16 del TUSP, si rimanda a: E. Codazzi, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe", paper* presentato al VII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale *Orizzonti di diritto commerciale*, *Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti,* Roma, 26/27 febbraio 2017, 13 ss.

Elenco delle società in house – *essenza del controllo analogo nelle società di diritto comune*

La disciplina del codice dei contratti pubblici, adottato con d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50, e del T.U.S.P. adottato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, hanno introdotto una specifica disciplina sulle «società in house», definite come società formalmente distinte ma organicamente assimilate alla amministrazione aggiudicatrice affidante, su cui la stessa esercita, individualmente o congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, non mancando di focalizzare la portata normativa delle definizioni fissate dal TUSP (art. 2). Di qui la necessità di analizzare le divergenze concettuali tra la disciplina comunitaria e la disciplina nazionale che si assommano nelle società in house, rivelando la natura privata di società destinate a svolgere uffici pubblici, non trascurando gli aspetti dell'operatività dell'istituto dell'elenco delle società in house di cui all'articolo 192 del d.lgs 50/2016, come strumento di controllo del "mercato" degli affidamenti *in house providing*.

List of in-house companies. The essence of similar control in common law companies

The regulation of the public contracts code, adopted with Legislative Decree dated 16 April 2016, No. 50, and of the TUSP, adopted with Legislative Decree dated 19 August 2016, No. 175, introduced a specific regulation on 'in-house companies', defined as formally distinct companies but organically assimilated to the awarding contracting administration, over which – individually or jointly – it exercises a control similar to that exercised over its own services, while focusing on the normative scope of the definitions established by the TUSP (art. 2). Herein lies the need to analyse the conceptual differences between EU regulations and national regulations that are brought together in in-house companies, revealing the private nature of companies destined to serve public office, without neglecting the aspects of the listed institution's operations in the in-house companies, as referred to in Article 192 of Legislative Decree 50/2016, as a means of monitoring the in-house providing 'market'.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 95-114

Articoli e saggi

L'esercizio dei diritti del socio pubblico nella prospettiva della responsabilità erariale ex D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175. Spunti di diritto societario*

Paolo Valensise

Sommario. 1. Il tema. – 2. Qualche considerazione di contesto; le possibili implicazioni connesse alla qualificazione di «società a controllo pubblico». – 3. L'art. 12, comma 2 del TUSP, l'esercizio dei diritti da parte dell'ente pubblico socio e l'articolabilità delle competenze istruttorio-valutativo-decisionali al suo interno. – 4. *Continua.* Le diverse prerogative sociali. – 5. Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari ed i possibili sviluppi. – 6. *Continua*. La denunzia al tribunale, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 13 del TUSP. Conclusioni.

1. *Il tema*

Il D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, anche noto come «Testo Unico delle Società Pubbliche» o «TUSP» presenta numerosi, stimolanti spunti di riflessione in merito a quello che definirei il complesso, articolato rapporto tra l'ordinamento societario e le categorie pubblicistiche, la cui *actio finium regundorum* può dirsi soltanto avviata con tale normativa.

Come noto, in estrema sintesi, il TUSP si rivolge sia alle società a partecipazione pubblica dettando, all'interno di questa categoria, una regolazione *ad hoc* per le società «a controllo pubblico», sia agli enti pubblici in quanto soci. Sotto il primo profilo la disciplina definisce il proprio perimetro di riferimento e stabilisce alcune nozioni fissandone, per conseguenza, il relativo regime. Già questi aspetti sono oggetto di vivace dibattito, come vedremo più avanti soffermandoci in particolare su alcuni di essi.

Il c.d. "regime" o, meglio, statuto, a sua volta interessa tanto direttamente le società ed i relativi organi, in quanto ascrivibili ad una categoria piuttosto che ad

* Il presente scritto è destinato al *liber amicorum* Guido Alpa.

un'altra, quanto la posizione e l'azione dell'ente ovvero degli enti pubblici soci. Tutti questi aspetti sono, con evidenza, intimamente collegati.

Con riferimento agli enti pubblici soci ci sono diverse disposizioni di estremo interesse, da quelle principali riguardanti le finalità perseguibili attraverso l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche (art. 4, TUSP), a quelle inerenti le mappature o, *rectius*, le ricognizioni in via straordinaria (art. 24, TUSP) ovvero periodica (art. 20, TUSP), a quelle riguardanti una serie di obblighi comportamentali, come gli artt. 5, 7, 8, 10 *etc.* del TUSP. In questo contesto, così sommariamente delineato, il TUSP dedica una disposizione, l'art. 12, ai profili delle responsabilità sia *(i)* dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, sia *(ii)* dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi. Con riferimento ai primi, la norma sancisce il principio dell'assoggettabilità alle ordinarie azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina delle società di capitali, fatta salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. Con riguardo invece ai secondi, l'art. 12 del TUSP inquadra come danno erariale – devolvendo la giurisdizione sulle relative controversie alla Corte dei Conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica – il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subìto dagli enti partecipanti, ivi compreso, per l'appunto, il danno conseguente alla «condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque titolari del potere di decidere per essi che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

È a quest'ultimo versante che sono dedicate le considerazioni che seguono. Ciò concentrandosi sui profili più squisitamente societari e, naturalmente, senza pretese di esaustività, ma con l'obiettivo di evidenziare la delicatezza delle tematiche, da considerare alla luce di una serie di pronunzie giurisprudenziali e di alcuni primi orientamenti nonché tenendo conto della naturale complessità ed articolabilità dei modelli societari. La scelta, la conformazione e, soprattutto, la gestione in senso lato di tali "organismi" esigono infatti particolare impegno ed attenzione da parte dell'ente pubblico socio e dei suoi rappresentanti, anche nella prospettiva dell'art. 12 del TUSP.

2. *Qualche considerazione di contesto; le possibili implicazioni connesse alla qualificazione di «società a controllo pubblico»*

Prima di procedere, appare opportuno formulare qualche considerazione di contesto. Se quanto dianzi osservato rileva in termini generali in riferimento a società a partecipazione pubblica, assume importanza ancora maggiore in rela-

zione alle società «a controllo pubblico». Orbene, questo è un aspetto particolarmente delicato, che concretizza quella che potremmo definire come la tensione tra i versanti amministrativo e societario, che il TUSP si propone di combinare.

In questo senso, e con riflessi diretti anche nella specifica prospettiva di analisi alla quale ci si dedica, è possibile segnalare a titolo meramente esemplificativo della menzionata tensione alcuni interessanti dati che stanno già emergendo dalla prima fase della revisione straordinaria delle partecipazioni ai sensi dell'art. 24 del TUSP. Ci si riferisce, in particolare, al controllo che la Corte dei Conti sta sistematicamente esercitando sui piani di razionalizzazione a suo tempo elaborati dalle amministrazioni interessate ai sensi del predetto articolo. Tali piani ricomprendono ovviamente la preliminare *mappatura* di tutte le partecipazioni detenute dalle singole amministrazioni, direttamente ovvero indirettamente, e le conclusioni di alcune Sezioni erariali stanno proponendo alcuni interessanti temi come, in primo luogo, quelli concernenti la qualificazione o meno di determinate società come «a controllo pubblico», con quel che ne consegue in termini di applicazione della più rigorosa disciplina prevista per tali società (come l'art. 6; l'art. 11; l'art. 19, *etc.* del TUSP), nel più ampio contesto delle "società a partecipazione pubblica". Il tema per vero, per la sua complessità, meriterebbe una trattazione specifica[1]. Mi limiterò ad alcuni sintetici cenni.

È infatti noto come, in applicazione di alcune posizioni assunte dalla Corte dei Conti (in particolare ricordo Corte dei Conti, Sezione Controllo Liguria n. 2/2018/PAR) ma, soprattutto, ad esito della diffusione dell'orientamento del MEF, Dipartimento del Tesoro, Struttura di Monitoraggio delle partecipazioni pubbliche, del 15 febbraio 2018, ai sensi dell'art. 15 del TUSP, stiano emergendo diversi problemi applicativi. Questo con il diffondersi di letture della nozione del controllo pubblico ai sensi del TUSP ispirate ad una concezione piuttosto espansiva, che impongono più di una riflessione, innanzi tutto alla luce del generale principio di cui all'art. 1, comma 3 del TUSP. Tale disposizione ribadisce infatti l'applicazione alle società a partecipazione pubblica delle norme sulle società contenute nel codice civile e delle norme generali di diritto privato, attribuendo dunque valore derogatorio alle disposizioni dal medesimo TUSP statuite[2].

---

[1] In proposito cfr., da ultimo, V. Donativi, *"Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giur. Comm.*, 2018, I, 747 e ss.

[2] Per il dibattito sulla latitudine della portata derogatoria delle norme del TUSP cfr., tra gli altri, M. Clarich, B.G. Mattarella, *Prefazione*, in Aa.Vv., *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, 9 e ss.; V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, 2016, 1146; C. Angelici, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in Aa.Vv., *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, 2017, 16 e ss.; C. Ibba, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica* diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 3 e ss..

I problemi emergono non solo in riferimento alla seconda parte della lettera *b)* del comma 1 dell'art. 2 del TUSP, ma anche con riguardo al prospettato ampliamento del classico art. 2359 c.c., per (cercare di) prospettare un sostanziale superamento della prevalente lettura monocratica attraverso una considerazione unitaria di tutto ciò che è qualificabile come "Pubblica Amministrazione". Tutto questo, come noto, con posizioni di intensità diverse, da chi sostiene che sia sufficiente anche il solo dato aritmetico del superamento nel complesso della soglia del controllo di diritto da parte di più amministrazioni socie a chi, invece, sulla scia del pensiero del Consiglio di Stato del 2014, ricorre comunque ad un criterio più qualitativo prospettando un'interpretazione funzionale della predetta lettera *b)*, nel senso cioè di ravvisare il controllo pubblico anche in presenza di comportamenti concludenti da parte di più pubbliche amministrazioni, tali da configurare quindi un loro coordinamento *de facto* all'interno della società.

Si tratta di un tema suscettibile di notevoli implicazioni. In estrema sintesi, l'ipotetica riqualificazione di una società come a "controllo pubblico" implicherebbe, a sua volta, l'assoggettabilità della stessa ai vincoli per tale categoria previsti da norme come gli artt. 6, 11, 19, *etc.*, del TUSP. Essi operano peraltro a diversi livelli, da quello dell'organo gestorio *tout court* della società interessata a quello assembleare dei soci, a quello finanche delle c.d. «partecipazioni indirette», come definite dall'art. 2, comma 1, lett. *g)* del TUSP, e cioè quelle partecipazioni in una «*società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti*» per l'appunto, «*a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica*». A quest'ultimo proposito, senza arrivare a ragionare sui vincoli che deriverebbero "a cascata" su di un'amministrazione pubblica, da una qualificazione del genere ai sensi dell'art. 5, comma 1 del TUSP in termini di obblighi motivazionali, ci si soffermi solo sui menzionati, preventivi obblighi di mappatura "multilivello" in sede di revisione straordinaria *ex* art. 24, comma 1 del TUSP.

Già da queste prime battute, sollecitate dall'attuale contingenza, emerge il riflesso sul tema in esame, e cioè sull'impostazione dell'esercizio da parte della pubblica amministrazione delle proprie prerogative di socio in un modo o nell'altro, essendo chiamata, a seconda della prescelta prospettiva di inquadramento, a valutare termini e modalità di eventuale, conseguente attivazione. Per altro verso, a conferma della estrema complessità del quadro, non si possono trascurare le implicazioni della qualificazione in un senso o nell'altro per tutti gli altri soggetti interessati, come i componenti dell'organo amministrativo, i membri del collegio sindacale od ancora il socio od i soci privati di una società che, per ipotesi, venga *dubitabilmente* riqualificata in termini di società a controllo pubblico, dal parere rilasciato dalla medesima Corte dei Conti ai sensi del ricordato art. 24 del TUSP. È infatti possibile che qualcuno di essi non condivida, più o meno moti-

vatamente, l'inquadramento da altri assunto (nonché il connesso regime) e, in tal senso, valuti *anche* il ricorso ad eventuali strumenti giudiziali reattivi, o comunque funzionali ad ottenere un definitivo chiarimento sulla corretta qualificazione della società in un senso o nell'altro.

In questa prospettiva, il ventaglio delle alternative possibili è estremamente ricco, potendo andare da eventuali iniziative di fronte agli organi della Giustizia Amministrativa ad azioni civili, e la relativa attivabilità è come ovvio condizionata da una serie di elementi da verificare caso per caso, come gli assetti proprietari, la disciplina anche statutaria delle deliberazioni assembleari nonché del funzionamento del Cda (dai *quorum* alle deleghe, *etc.*). A titolo meramente esemplificativo, se ci si limita al versante delle possibili iniziative civili, tralasciando ipotetiche azioni di accertamento e riferendosi al piano dei soci, un terreno di confronto potrebbe essere senz'altro rappresentato dall'introduzione delle modifiche statutarie funzionali a conformarsi ai precetti dell'art. 11 del TUSP con i possibili, conseguenti sbocchi nelle impugnative in via giudiziale, a seconda dell'esito delle relative votazioni assembleari.

Queste prime, appena abbozzate considerazioni di contesto, legate peraltro alla recente contingenza rappresentata dai piani di ricognizione/razionalizzazione, già testimoniano la complessa condizione nella quale può venirsi a trovare il socio pubblico, confermando la difficoltosa interlocuzione tra i due versanti, e cioè quello dell'azione di un socio peculiare come la pubblica amministrazione, da un lato, e quello delle categorie del diritto societario dall'altro. Questo configurandosi il TUSP quale nuova, significativa occasione per animare il – per vero mai sopito – dibattito tra i fautori della pubblicizzazione del diritto societario ed i sostenitori della privatizzazione del diritto amministrativo.

3. *L'art. 12, comma 2 del TUSP, l'esercizio dei diritti da parte dell'ente pubblico socio e l'articolabilità delle competenze istruttorio-valutativo-decisionali al suo interno*

Ciò premesso, concentriamoci sull'esercizio dei diritti del socio pubblico sullo sfondo delle eventuali responsabilità per danno erariale e, segnatamente, sui profili di diritto societario, attraverso la formulazione di qualche spunto di riflessione in merito alla lettura ed alle possibili implicazioni rivenienti dall'art. 12, comma 2 del TUSP. In tal senso ci si vuol soffermare su quelle che potrebbero essere (alcune del)le condotte del "*socio ente pubblico*", suscettibili di configurare un danno erariale o, quanto meno, da considerare ai fini della ricostruzione del possibile itinerario causale, richiamando i profili più squisitamente erariali al solo

scopo di mettere meglio a fuoco il versante societario. Questo ragionando sulle prerogative del socio in riferimento principalmente alla società per azioni, nonché tenendo anche conto delle società a responsabilità limitata e della rispettiva modellabilità statutaria[3].

Tralasciamo la tematica posta da quella parte del comma 1 dell'art. 12 del TUSP dedicata alle società *in house* ed alla riproposizione della giurisdizione della Corte dei Conti. La relativa formulazione se, *(a)* da un lato, si comprende come offra argomenti a vantaggio della tesi della configurabilità della società *in house* quale "ufficio" della pubblica amministrazione, *(b)* dall'altro, tra i diversi temi che pone, induce a chiedersi come sia possibile che tali "uffici" poi siano chiamati, ad esempio, a valutare e decidere "autonomamente" il ricorso alla strumentazione di composizione della crisi in presenza dei presupposti dell'art. 14 del TUSP e, *(c)* dall'altro lato ancora, conduce inoltre a domandarsi come si possa tutto questo coniugare con gli inevitabili profili di responsabilità patrimoniale – se in effetti di ufficio *tout court* si trattasse – in qualche modo diretta per la pubblica amministrazione cui tale "ufficio" afferisce.

Soffermiamoci invece sulla lettura dell'ultima parte del comma 1 dell'art. 12 del TUSP e cioè quella in virtù della quale è devoluta alla Corte dei Conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Quest'ultima, a sua volta, come ricordato in precedenza, qualifica come danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subìto dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

I temi che questa disposizione propone sono numerosi e, come anticipato, senza pretese di esaustività, ci si intende dedicare ai versanti societari della disposizione, riflettendo cioè su quei diritti o, meglio, su quelle prerogative di socio il cui esercizio o meno, con dolo o colpa grave, da parte dei «*rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque* (dei) *titolari del potere di decidere per essi*», sarebbe suscettibile di pregiudicare il valore della partecipazione pubblica. Questo, naturalmente, dovendo poi valutare, caso per caso, i comportamenti adottati nelle concrete circostanze fattuali che le singole vicende presentassero, al fine

[3] Considerando peraltro che per queste ultime la nuova formulazione del comma 1 dell'art. 2475 c.c. (secondo cui «*la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*»), così come introdotta dall'art. 377, comma 4, del d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, nella misura in cui sancisce anche per le s.r.l. il principio della esclusività della gestione in capo agli amministratori, proporrà senz'altro ulteriori spunti di riflessione.

di stabilirne l'eventuale rilevanza, quali contributi causali o "con-causali", nella ricordata prospettiva erariale.

Occorre prender le mosse dai soggetti che potrebbero risultare destinatari di questa norma riferendosi, innanzi tutto, a coloro i quali sono individuati ai sensi dell'art. 9 del TUSP, per poi sviluppare il ragionamento sulle relative prerogative sociali. Questa disposizione stabilisce un'articolata serie di regole a seconda delle partecipazioni di cui si discute. Per le partecipazioni pubbliche statali i diritti del socio sono esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale (art. 9, comma 1). Per le partecipazioni regionali i diritti del socio sono invece esercitati secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni (art. 9, comma 2). Per le partecipazioni degli enti locali i diritti del socio sono a loro volta esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato (art. 9, comma 3) e, infine, con disposizione conclusiva, in tutti gli altri casi i diritti del socio-ente pubblico sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente (art. 9, comma 4).

Tale norma non esaurisce quindi il tema, e questo con i possibili, conseguenti riflessi in termini di applicazione dell'art. 12 TUSP sotto il profilo considerato. Ciò in quanto la «*gestione delle partecipazioni*» viene a sua volta puntualizzata all'interno dell'ente interessato, con possibilità di articolazione più o meno complessa del percorso istruttorio-valutativo e decisionale, e questo con le implicazioni che ne potrebbero conseguire in termini di definizione dell'ambito soggettivo di riferimento del precetto del TUSP.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla situazione di un normale comune, partecipante al capitale di una società per azioni. È ben possibile che, nel concreto, le responsabilità del predetto percorso vengano articolate dai regolamenti interni dell'ente, prevedendo il coinvolgimento di diversi organi e livelli di quest'ultimo, se del caso distinguendo a seconda del tipo di decisione alla cui formazione, in seno alla società partecipata, l'ente socio deve partecipare nonché del livello decisionale competente all'interno della medesima società.

In questo senso, proviamo a soffermarci sul livello delle decisioni dei soci della società considerata[4]. Si pensi alle determinazioni aventi ad oggetto l'espressione del voto nelle assemblee e, segnatamente, nelle assemblee ordinarie in generale, in riferimento alle quali i predetti percorsi potrebbero vedere sempre e comunque il coinvolgimento della Giunta comunale nel suo complesso, ovvero

[4] Tralasciamo cioè i percorsi interni all'ente locale che precedono le decisioni dei membri del consiglio di amministrazione, che meriterebbero un'adeguata, autonoma riflessione, non solo riguardo alle società *in house*, alla luce dell'art. 16, comma 2, lett. *a)* del TUSP ma anche, in riferimento alla generalità delle società a partecipazione mista pubblico-privata, alla luce delle scelte eventualmente adottate in statuto ai sensi, ad esempio, dell'art. 17, comma 4, lett. *a)* del TUSP.

essere più o meno articolati a seconda delle materie di competenza di tali assemblee. Ciò differenziando, ad esempio, le ipotesi dell'assemblea chiamata a discutere ed approvare il progetto di bilancio della società, ovvero la nomina o la revoca dei componenti del consiglio di amministrazione, od ancora l'avvio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi sociali oppure, tenendo conto di specifiche scelte statutarie, il rilascio di un'eventuale autorizzazione al compimento di atti degli amministratori, ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5 del codice civile.

Nella medesima prospettiva, si considerino poi le assemblee straordinarie della società partecipata. Questo tenendo innanzi tutto presente quanto stabilito dall'art. 7, comma 7 del TUSP secondo cui – limitandosi al caso dell'ente locale socio – occorre la delibera del consiglio comunale dell'ente in riferimento alle seguenti materie: a) le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società; b) la trasformazione della società; c) il trasferimento della sede sociale all'estero; d) la revoca dello stato di liquidazione.

Fermo quanto precede, riguardo le assemblee straordinarie in genere si potrebbe configurare una competenza, all'interno dell'ente socio, integralmente rimessa al consiglio comunale, con un supporto di diversa intensità della competente commissione consiliare, ovvero una competenza sempre del consiglio comunale, affidatagli sulla scia dell'art. 7, co. 7 del TUSP dianzi ricordato, solo per le materie come aumenti di capitale, fusioni, scissioni, se del caso supportato dal preventivo parere della competente commissione e, invece, per tutte le altre materie riservate all'assemblea straordinaria delle società, la competenza della commissione consiliare, senza passaggio in consiglio comunale.

4. **Continua.** *Le diverse prerogative sociali*

In questo contesto, occorrerebbe poi considerare previsioni interne all'ente locale che disciplinano le competenze istruttorie, valutative e decisionali in riferimento all'esercizio di determinate prerogative dell'ente socio. Tralasciamo l'esercizio del diritto di opzione su azioni di nuova emissione, che potrebbe rientrare, attraverso la previsione dell'art. 8, co. 1, TUSP, nell'alveo del già ricordato art. 7, co. 1 e 2 del TUSP, secondo cui le operazioni, anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale, che comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti sono deliberate secondo le modalità di cui all'articolo 7, commi 1 e 2 del medesimo TUSP, dianzi ricordate.

Pensiamo anche ad altri diritti il cui esercizio o meno, nella considerata prospettiva dell'art. 12, comma 2 del TUSP potrebbe avere una qualche più imme-

diata rilevanza, anche di non poco momento. Ciò tenendo peraltro conto della circostanza che queste prerogative sono, in massima parte, statutariamente declinabili nei termini stabiliti dalle rispettive disposizioni[5]. Si considerino, senza pretesa di esaustività, la richiesta di convocazione dell'assemblea *ex* art. 2367 c.c., avente ad esempio ad oggetto la proposta di rimozione degli amministratori e/o la proposta di avvio dell'azione di responsabilità; l'impugnazione di delibere consiliari ai sensi dell'art. 2388, comma 4 c.c., accompagnata da eventuali istanze cautelari; l'impugnazione di deliberazioni assembleari *ex* artt. 2377 e seguenti del codice civile, anche qui con possibili richieste di sospensione cautelare; l'avvio dell'azione sociale di minoranza, *ex* art. 2393-*bis* c.c., qualora evidentemente sussistenti i relativi presupposti, *in primis* quantitativi della partecipazione; le iniziative di sollecitazione del collegio sindacale ai sensi delle distinte previsioni di cui ai comma 1 e 2 dell'art. 2408 c.c.; la denunzia al tribunale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2409 c.c., e ciò in particolare alla luce dell'art. 13 del TUSP.

Orbene, tutte queste prerogative ed il relativo esercizio dovrebbero avere, all'interno dell'ente socio, dei c.d. centri valutativo/decisionali di riferimento, e per diverse di esse è possibile affermare che la relativa determinazione sia a sua volta suscettibile di interessare l'eventuale (valutazione dell') applicazione delle responsabilità ai sensi del menzionato art. 12 del TUSP.

In questa prospettiva, nella quale ci si sofferma solo sul tipo "società per azioni", è appena il caso di accennare alle numerose possibilità di declinazione della medesima questione con riferimento alle società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica, tenendo peraltro conto dell'elevato livello di modellabilità statutaria di competenze e momenti decisionali che connota questo tipo di società.

In proposito va premesso, come si è già avuto modo di ricordare in precedenza, che il tema trarrà probabilmente nuova linfa dal comma 1 dell'art. 2475 c.c., così come riformulato dall'art. 377, comma 4 del d.lgs. n. 14/2019 (anche definito il "codice della crisi").

Ciò posto, al di là della costruzione della funzione amministrativa (consiglio di amministrazione; amministrazione disgiunta; attribuzione di competenze in capo ai soci, *etc.*) si pensi, a titolo esemplificativo, all'esercizio delle invasive prerogative di indagine da parte del singolo socio di società a responsabilità limitata *ex* art. 2476, co. 2, c.c. oppure all'azione di responsabilità di cui all'art. 2476, co. 3 c.c., sempre esperibile da ciascun socio, ovvero ancora all'esercizio di eventuali "diritti particolari", accordati al socio *ex* art. 2468, comma 3 del codice civile. Anche sotto questo profilo, la posizione di chi, all'interno dell'ente socio, è chiamato a istruire, valutare e decidere in ordine all'esercizio o meno di tali preroga-

[5] Con la conseguente configurabilità di spazi di riflessione, a seconda delle concrete circostanze, anche in ordine alle scelte statutarie effettuate dall'ente socio.

tive, diverse delle quali evidentemente piuttosto incisive, appare suscettibile di assumere rilievo nella prospettiva della quale ci si sta occupando.

Come si ritiene già emerga da queste osservazioni riguardanti il versante della individuazione degli organi/soggetti decisori all'interno dell'ente pubblico socio, l'impressione è che il perimetro dei diritti di socio il cui esercizio o meno, con dolo o colpa grave, da parte dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, pregiudichi il valore della partecipazione *de qua*, non si risolva solo nelle prerogative reattive come quelle riguardanti le azioni di responsabilità *tout court*, ma sia suscettibile di assumere una maggiore ampiezza.

Non c'è, ovviamente, la pretesa di offrire soluzioni definitive, ma sembra esserci una linea di tendenza, anche alla luce degli orientamenti che sul punto si vanno confrontando (v. *infra*, §5), che meriti quanto meno adeguata attenzione. Questo tenendo inoltre conto del seguente dato di cornice e cioè che se per un socio c.d. "ordinario" le prerogative che la legge e/o lo statuto gli accorda costituiscono facoltà, funzionali dunque alla tutela di una posizione qualificabile in termini di interesse e che perciò, come tali, si è liberi di esercitare o meno, senza conseguenze giuridiche, per il socio ente pubblico il discorso sembra porsi in termini sensibilmente diversi. Questo nella misura in cui, nella delineata prospettiva, più che di facoltà sembra più pertinente parlare di una sorta di poteri/doveri, il cui eventuale mancato esercizio – ovviamente in presenza dei relativi presupposti, tali da configurare se non il dolo, la loro *colpa grave* – espone le figure apicali al rischio di possibili conseguenze erariali. In questa linea di pensiero appare dunque utile richiamare alcuni degli orientamenti formatisi in argomento, al fine di riflettere sulle possibili implicazioni.

Ove si acceda ad una prospettiva del genere, la conseguenza è la necessità, per gli enti pubblici soci ed i loro esponenti, di un approccio vieppiù consapevole, prudente e meditato a tali problematiche, attrezzandosi con adeguato supporto e cioè, ad esempio, articolando al proprio interno efficienti processi di monitoraggio e di puntuale analisi di tali aspetti, capaci anche di fornire risposte tempestive, considerate quelle che sono le ordinarie dinamiche societarie.

5. *Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari ed i possibili sviluppi*

Come noto, la formulazione dell'art. 12, comma 2 TUSP è ricollegabile ad una serie di pronunzie[6] che avevano affermato la sussistenza di un danno all'era-

[6] In proposito cfr., tra le altre, Cass. civ., SS. UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *www.federalismi.it*; Cass. civ., SS. UU., 25 novembre 2013, n. 26283, in *www.licaso.it*. Si veda anche la più recente Cass. civ., SS. UU., 27 ottobre 2016, n. 21692, in *www.ildirittoamministrativo.it*.

rio nel caso in cui il socio pubblico non avesse esercitato i propri poteri e diritti sociali al fine di indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi commessi.

In particolare, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 26806/2009, aveva precisato quanto segue: «nell'attuale disciplina della società azionaria – ed in misura ancor maggiore in quella della società a responsabilità limitata – l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, in caso di mala gestio imputabile agli organi della società, non è più monopolio dell'assemblea e non è più, quindi, unicamente rimessa alla discrezionalità della maggioranza dei soci. Una minoranza qualificata dei partecipanti alla società azionaria (art. 2393 - *bis* c.c.) ed addirittura ciascun singolo socio della società a responsabilità limitata (art. 2476 c.c., comma 3) sono infatti legittimati ad esercitare tale azione (anche nel proprio interesse, ma a beneficio della società) eventualmente sopperendo all'inerzia della maggioranza. Ne consegue che, trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili. Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione».

In dottrina[7] è stato osservato come il socio pubblico sia obbligato ad esperire le azioni di responsabilità previste dal codice civile, sia nel caso di danno al patrimonio della società, che si riverbera indirettamente sul suo patrimonio come perdita di valore della partecipazione, sia nel caso di danno diretto (e, quindi, danno erariale *ex* art. 12, comma 2, TUSP).

L'articolo 12, comma 2, TUSP impone, quindi, ai funzionari pubblici di tutelare l'investimento pubblico utilizzando le azioni civilistiche a tutela della partecipazione. In tal caso, quindi, il procuratore contabile dovrà a sua volta valutare l'azione nei confronti dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi quando la loro condotta,

[7] Cfr. S. Nicodemo, M.V. Susanna, *Commento sub art. 12*, in *Società a partecipazione pubblica*, 2018, 145; G. Guizzi, M. Rossi, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in Aa.Vv., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, diretto da R. Garofoli e A. Zoppini, 2018, 595; G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, 2016, 360 e ss.; S. Glinianski, *Commento sub art. 12*, in Aa.Vv., *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica*, 2016, 120.

sia attiva che omissiva[8], consistente nel mancato esercizio dei diritti di socio, ha determinato un danno erariale.

In particolare, è stata già rilevata la configurabilità della responsabilità e della giurisdizione contabile in riferimento al soggetto rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, che abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione[9]. Questo «ben può accadere quando il socio pubblico, in presenza di atti di *mala gestio* imputabili agli amministratori o agli organi di controllo della società partecipata, trascuri ingiustificatamente di esercitare le azioni di responsabilità alle quali egli sia direttamente legittimato, ove ne sia derivata una perdita di valore della partecipazione».

Se *(i),* come accennato, le osservazioni sull'art. 12, comma 2 del TUSP fanno generalmente riferimento all'esercizio delle azioni di responsabilità (*i.e.* agli artt. 2393 e seguenti del codice civile) senza richiamare ulteriori diritti sociali come, ad esempio, la revoca degli amministratori, *(ii)* tuttavia, il tenore del medesimo comma 2 dell'art. 12 del TUSP, che fa riferimento in termini ampi all' «esercizio dei diritti di socio» e la rilevanza, anche per quel che si è detto in precedenza, che la mancata e/o non adeguata attivazione di tali prerogative potrebbe comunque avere nella prospettiva considerata, indurrebbero ad una lettura della norma nel senso che essa configura un obbligo in capo al socio pubblico di (valutare se e come, in presenza delle concrete circostanze) esercitare tutti quei diritti sociali riconosciuti al socio dalla disciplina civilistica idonei a tutelare l'investimento pubblico[10].

---

[8] In merito all'interpretazione secondo cui la norma includerebbe anche le condotte attive, si vedano M. T. Polito, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti*, in Aa. Vv., *Le Società Pubbliche*, t. I, 2016, 537; S. rigoni, *Razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche e ruolo della Corte dei Conti*, in Aa.Vv., *I controllo nelle società pubbliche*, diretto da F. Auletta, 2017, 307; G. Caruso, *op. cit.*, 356.

[9] Cfr. M. Fratini, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in Aa.Vv., in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. Garofoli e A. Zoppini, 2018, 721, cui appartiene la citazione di seguito riportata nel testo. Sul punto, si veda anche la già menzionata Cass. civ., SS. UU., sent. n. 21692/2016.

[10] In proposito cfr. S. Nicodemo, MV. Susanna, *op. cit.*, 150; A. Morello, *Azioni e strumenti finanziari nelle "nuove" società a partecipazione pubblica: primi spunti sul Testo Unico di riforma*, in *www.dirittobancario.it*, ottobre 2016; A. Rigoni, *Razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche e ruolo della Corte dei Conti*, in Aa.Vv., *I controlli nelle società pubbliche*, 2017, 307, il quale osserva come si possano ipotizzare «azioni erariali per danni all'ente partecipante in conseguenza di comportamenti attivi dei rappresentanti degli enti pubblici, come nelle ipotesi di proposta o approvazione di linee strategiche di *governance* incongruenti rispetto agli obiettivi societari, con conseguente pregiudizio del valore della stessa quota di partecipazione».

Si tenga inoltre conto della circostanza che in dottrina si riconosce al procuratore contabile il potere di esercitare l'azione surrogatoria nel caso di inerzia da parte del rappresentante del socio pubblico nell'esercitare i diritti di socio. Ciò troverebbe la propria giustificazione nel fatto che «il requisito di perdere la garanzia del proprio credito va inteso come pericolo di perdere i mezzi di tutela del patrimonio dell'ente e, dunque, di evitare un danno alle risorse finanziarie della collettività», così F. Cerioni, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, 2017, 214.

Ciò posto, ad ulteriore conferma dell'interpretabilità della disposizione in questione nel senso di riferirla a qualsiasi diritto di socio previsto dal codice civile, si può ricordare quell'orientamento che ha ulteriormente declinato il principio, riferendolo anche ai diritti spettanti all'ente pubblico quale titolare di c.d. "strumenti finanziari" e, dunque, in posizione diversa da quella *tout court* di socio[11]. Il ragionamento prende le mosse dalla constatazione che l'art. 12, comma 2 del TUSP qualifica il danno erariale richiamando il pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale, subìto dagli enti partecipanti anche in conseguenza della condotta dei propri rappresentanti, i quali abbiano trascurato di esercitare i propri "diritti di socio" così nuocendo al valore della partecipazione. Orbene, «a meno di non voler legare questa previsione esclusivamente al diritto di dare impulso all'azione sociale di responsabilità, anche gli altri strumenti finanziari nei quali la partecipazione pubblica può prendere corpo potrebbero assegnare diritti amministrativi il cui mancato esercizio è capace potenzialmente di determinare un danno erariale nell'accezione sopra spiegata; oltretutto anche sul piano pratico ha senso ed utilità riferire la norma in esame anche al caso di mancato esercizio di diritti amministrativi diversi da quelli propri del socio se solo rammentiamo l'elenco di prerogative *lato sensu* di controllo che questi strumenti finanziari diversi dalle azioni potrebbero assegnare alla pubblica amministrazione che li detiene: prerogative che, quindi, dovrebbero parimenti responsabilizzare (nel senso voluto dall'art. 12.2) il rappresentante dell'ente pubblico chiamato ad esercitarle».

In questa prospettiva, pertanto, il catalogo sinteticamente abbozzato nelle pagine che precedono può tornare utile, quanto meno quale ambito di riferimento per sviluppare ulteriori riflessioni.

In via di – inevitabile – approssimazione, mantenendo il riferimento alla posizione di socio si pensi allo strumentario di c.d. reazione che l'ordinamento societario mette a disposizione di quest'ultimo, e che dunque l'ente pubblico e i suoi rappresentanti e soggetti decisori possiederebbero. Quelle "facoltà", di cui si è parlato in precedenza e che per il socio pubblico appaiono suscettibili di essere riqualificate come più impegnativi, e responsabilizzanti poteri/doveri.

Il mancato od anche intempestivo esercizio di tali prerogative, già qualora connotato da colpa grave, ad esempio in ragione della sottovalutazione degli elementi oggettivi eventualmente presenti o, ancora, della non adeguata valutazione dei c.d. "indici di criticità" se del caso esistenti, potrebbe a sua volta determinare, o concorrere a provocare, quel conseguente pregiudizio (al valore della partecipazione pubblica), assunto dalla norma a presupposto della configurabilità di possibili responsabilità erariali.

[11] Cfr. A. Morello, *op. cit.*, 3-4, cui appartiene la citazione di seguito riportata nel testo.

Ciò, a maggior ragione, in presenza di flussi informativi variamente declinati e declinabili verso il socio pubblico, e questo non solo in termini funzionali ad un aggiornamento successivo ma anche, talvolta, in una logica di preventiva sottoposizione, con quel che ne conseguirebbe in termini di – responsabilizzante – consapevolezza del soggetto destinatario.

Nella delineata prospettiva, si pensi, a titolo meramente esemplificativo, e sempre laddove – com'è ovvio – ne sussistano volta per volta i relativi presupposti:

- alla richiesta di convocazione dell'assemblea da parte del socio ente pubblico *ex* art. 2367 c.c. per deliberare, ad esempio, la revoca degli amministratori, con la percentuale del 10% o la minor percentuale indicata in statuto[12], ovvero all'esercizio degli specifici poteri di revoca ove accordati per statuto all'ente pubblico socio ai sensi dell'art. 2449 c.c.;
- all'impugnazione da parte del socio ente pubblico di eventuali deliberazioni assembleari ai sensi degli artt. 2377 e seguenti c.c., accompagnata se del caso da richieste cautelari, (per le ipotesi di annullabilità possedendo il 5% o la minor percentuale prevista in statuto) come, ad esempio, quelle con le quali sia respinta la proposta di avvio di un'azione sociale di responsabilità;
- all'impugnazione delle delibere consiliari in quanto lesive dei diritti del socio, ai sensi dell'art. 2388, comma 4 c.c., considerando anche in questa ipotesi la possibilità di domande cautelari;
- in occasione di approvazione del bilancio, all'omessa proposta concernente la responsabilità degli amministratori su fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio, ai sensi dell'art. 2393, comma 2, c.c., come noto sempre all'ordine del giorno in casi del genere.
- all'autonomo avvio dell'azione sociale di responsabilità della minoranza, *ex* art. 2393-*bis* c.c. (qualora evidentemente sussistenti i relativi presupposti, *in primis* quantitativi della partecipazione). Si tratta, come noto, di azione esercitabile direttamente da tanti soci che posseggano almeno un quinto del capitale sociale (20%) o la diversa misura prevista dallo statuto, comunque non superiore ad un terzo del capitale sociale;
- alle iniziative di sollecitazione del collegio sindacale ai sensi *(i)* tanto del comma 1 dell'art. 2408 c.c., che riconosce il potere di denunzia a ciascun socio in quanto tale, con conseguente obbligo del collegio sindacale di tenerne conto nella propria relazione all'assemblea, *(ii)* quanto del comma 2 del medesimo art. 2408 c.c.. Quest'ultima norma, nel caso in cui la de-

[12] Le richieste di convocazione dell'assemblea da parte del socio *ex* art. 2367 c.c. potrebbero essere le più diverse, comprendendo anche le proposte di eventuali azioni di responsabilità ovvero, in presenza di disposizioni statutarie *ad hoc* e di fronte ad un atteggiamento per così dire "omissivo", da parte degli amministratori, le domande di convocazione dell'assemblea in riferimento ad operazioni che, appunto, per espressa previsione di statuto, richiedano anche l'autorizzazione assembleare *ex* art. 2364, comma 1, n. 5, c.c..

nunzia sia presentata da tanti soci che rappresentino almeno un ventesimo (5%) del capitale sociale, o la minor percentuale prevista in statuto, impone al collegio sindacale il dovere di indagare "senza ritardo", di riferire le conclusioni e le eventuali proposte all'assemblea dei soci nonché, nelle ipotesi previste dal comma 2 dell'art. 2406 c.c., di provvedere direttamente a convocarla[13];

- alla denunzia al tribunale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2409 c.c., presentabile da tanti soci che posseggano almeno il 10% del capitale, o la minore percentuale prevista dallo statuto e ciò, in particolare, anche alla luce dell'art. 13 del TUSP (v. *infra*);
- all'impugnazione della specifica deliberazione assembleare di approvazione del bilancio, ai sensi dell'art. 2434/*bis* c.c..

Questo elenco esemplificativo suggerisce inoltre di interrogarsi sulle ipotesi in cui il singolo ente pubblico socio si trovi a non possedere la percentuale richiesta per l'autonomo esercizio di una delle prerogative dianzi ricordate. Se per i soci "normali" si tratta, come detto, di facoltà che sono liberi di (valutare se e come) esercitare o meno, per i soci enti pubblici il discorso sembra configurabile in termini diversi e più cogenti, nella menzionata prospettiva erariale.

Alla luce di quanto precede, qualora il socio pubblico non raggiunga da solo le richieste percentuali occorre inoltre chiedersi se sia legittimo per quest'ultimo rimanere fermo, in presenza degli ipotetici presupposti di attivazione, oppure, tenendo conto della menzionata prospettiva erariale, se sia comunque esigibile un qualche comportamento proattivo. Questo nel senso di attivarsi, se del caso, con altri soci – magari a loro volta sempre soci pubblici – per (tentare) un esercizio congiunto di una di tali prerogative raggiungendo tutti assieme il minimo legale / statutario richiesto[14].

È appena il caso di sottolineare la delicatezza di questi aspetti in presenza di società a controllo pubblico congiunto, così definibili ai sensi e per gli effetti della già ricordata lettera *b)* del comma 1 dell'art. 2 del TUSP, nel cui capitale sia presente una pluralità di enti pubblici, ciascuno dei quali tuttavia singolarmente titolare di una modesta partecipazione.

---

[13] Tale norma stabilisce che il collegio sindacale può «*previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, convocare l'assemblea qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere*».

[14] Nella direzione di comportamenti più attivi o, meglio, propositivi, si consideri il comma 16 dell'art. 11 del TUSP, il quale prevede, nell'ambito delle società a partecipazione pubblica «ma non a controllo pubblico», un dovere "di proposta", in capo all'amministrazione pubblica che sia titolare di una partecipazione superiore al 10% del capitale sociale, in ordine all'introduzione di misure relative ai compensi di amministratori e dirigenti, analoghe a quelle previste dai comma 6 e 10 della medesima norma con riguardo alle società a controllo pubblico.

In questa medesima logica, ragionando su ipotesi in cui si potrà trattare di società il cui statuto venga preconfezionato da una o più amministrazioni pubbliche che poi decidono di metterlo a gara per aggiudicare le partecipazioni al socio privato gestore del servizio, è legittimo domandarsi se non si possa in un prossimo futuro sviluppare una tendenza al sistematico abbassamento in via statutaria di tutte le soglie per l'esercizio di tali prerogative.

6. **Continua.** *La denunzia al tribunale, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 13 del TUSP. Conclusioni*

In questa prospettiva, a conclusione di queste sintetiche osservazioni, vale la pena di dedicare qualche riflessione aggiuntiva alla denunzia al tribunale, regolata dal combinato disposto dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 13 del TUSP.

Fermo quanto già rilevato, in generale, in ordine alla modellabilità in via statutaria del potere di denunzia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c., e della sua configurabilità, nella prospettiva dell'art. 12, comma 2 del TUSP, come un potere/dovere per l'ente pubblico socio, l'art. 13 del TUSP stabilisce che nelle società a controllo pubblico, «*in deroga ai limiti minimi di partecipazione*» previsti dal predetto art. 2409 c.c., «*ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denunzia di gravi irregolarità al tribunale*»[15].

Come noto, il presupposto del ricorso all'art. 2409 c.c., suscettibile di risolversi nei casi più gravi anche in un'amministrazione giudiziaria ai sensi dell'ultimo periodo del comma 4 del medesimo articolo, è costituito dal «*fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate*». In estrema sintesi, si tratta di uno strumento di cui è riconosciuta la natura incisiva, eminentemente cautelare ed interinale, funzionale cioè ad un intervento rapido sugli amministratori per bloccarne le sospettate irregolarità ed i connessi pregiudizi patrimoniali, nonché per impedirne di ulteriori.

Lo strumento della denunzia al tribunale, secondo quanto già ricordato in precedenza, è una facoltà a disposizione dei soci che rappresentino la prevista percentuale di capitale sociale. Ben diverso è, ovviamente, il discorso per i collegi sindacali, il cui potere/dovere è sancito dal comma 7 dell'art. 2409 c.c., e questo considerando peraltro che la legittimazione del PM è oramai prevista solo per le

[15] Il comma 2 dell'art. 13 del TUSP prevede poi che la presente disposizione si applichi anche alle società a controllo pubblico costituite in forma di società a responsabilità limitata, in qualche modo anticipando, con le necessarie differenze, il nuovo comma 5 dell'art. 2477 c.c., introdotto dall'art. 379, comma 2 del d.lgs. n. 14/2019.

società aperte, con conseguente maggiore responsabilizzazione dei collegi sindacali nelle società chiuse.

Orbene, per l'ente pubblico socio di una società «a controllo pubblico» si tratta, in virtù dell'art. 13 del TUSP, di uno strumento attivabile a prescindere dalla quota di capitale posseduta che, nella prospettiva erariale di interesse, appare suscettibile di esser considerato in termini più cogenti e obbligati, in presenza dei relativi presupposti. Questo avendone a mente, in particolare, la peculiare natura, portata ed incisività e, dunque, la possibile rilevanza in caso di omessa o tardiva attivazione[16].

È appena il caso di segnalare la potenziale, significativa rilevanza di tale principio ove riferito a società qualificabili come «a controllo pubblico» in cui siano più enti, ciascuno dei quali titolare di una quota di partecipazione minima, ai sensi della ricordata seconda parte della lettera *b)* del comma 1 dell'art. 2 del TUSP, a detenere tale controllo.

Fermo quanto precede, a proposito delle modalità o, meglio, della tempestività o meno della presentazione dell'eventuale denunzia da parte di un ente pubblico socio, il discorso meriterebbe a sua volta una serie di ulteriori puntualizzazioni, da ricollegare all'ulteriore strumentario "di rimozione" di cui l'ente socio si trovasse ad essere titolare, anche in ragione della dimensione della sua partecipazione e, più in generale, alla conformazione degli assetti proprietari della società di volta in volta considerata.

A titolo meramente esemplificativo, occorrerebbe valutare la titolarità o meno, in capo all'ente pubblico, di poteri di revoca *ex* art. 2449 c.c.. In un caso del genere, il comportamento dell'ente pubblico e dei suoi rappresentanti che, invece di rimuovere direttamente gli amministratori avvalendosi delle speciali prerogative che lo statuto assegna, preferissero rivolgersi al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. – dovendo quindi scontare anche i tempi per pervenire ad una qualche decisione giudiziale, con quel che ne potrebbe conseguire in termini di aggravamento dei pregiudizi patrimoniali – potrebbe comunque esser oggetto di un vaglio critico nelle competenti sedi.

Da valutare, sotto questo profilo, considerando le concrete circostanze del caso, la diversa ipotesi di un ente pubblico socio di controllo che, forte della propria – singola – posizione proprietaria, chiedesse una convocazione dell'assemblea ai sensi del menzionato art. 2367 c.c. al fine di votare una rapida rimozione di uno o più amministratori.

---

[16] Cfr., nel medesimo senso, T. Tessaro, *Commento sub art. 13*, in Aa.Vv., *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica*, a cura di C. D'Aries, S. Glinianski e T. Tessaro, 2016, 127.

A ciò si aggiunga come, anche sotto il profilo delle modalità di cui si viene discorrendo, potrebbe nel concreto rilevare la situazione di controllo plurimo da parte di più enti pubblici dianzi ricordata.

Per completezza sul punto occorre inoltre ricordare che il presupposto di attivazione della denunzia al tribunale risulta ampliato dal comma 3 dell'art. 14 del TUSP. Nel contesto della disciplina della crisi delle società a partecipazione pubblica, tutte ricondotte nell'alveo delle ordinarie procedure concorsuali, con specifico riferimento alle società a controllo pubblico l'art. 6, comma 2 del TUSP stabilisce che esse, *i.e.* i relativi organi amministrativi, predispongano specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informino l'assemblea dei soci nell'ambito della relazione sul governo societario, prevista dal successivo comma 4 del medesimo art. 6, TUSP[17].

A sua volta, il comma 2 dell'art. 14 del TUSP stabilisce che qualora emergano, nell'ambito dei predetti programmi di valutazione del rischio, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico «*adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento*». Il comma 3 dell'art. 14 del TUSP dispone che, quando si venga a determinare la situazione dianzi descritta, la mancata adozione di provvedimenti adeguati da parte dell'organo amministrativo «*costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del codice civile*»[18].

La complessità del quadro che si viene delineando, con particolare riguardo alla posizione (non solo degli amministratori di tali società, ma anche) del singolo ente pubblico socio appare, per conseguenza, di tutta evidenza, anche nella considerata prospettiva erariale. Ciò esigerà attente valutazioni, caso per caso, in presenza di situazioni critiche che dovranno essere dal medesimo ente pubblico e dai

[17] Questa disposizione va oramai a sua volta contestualizzata nella più generale rivisitazione e puntualizzazione delle competenze dell'organo amministrativo di imprenditori in forma societaria, effettuata dagli artt. 3, 375 e 377 del d.lgs. n. 14/2019 intervenendo su diverse disposizioni del codice civile, dall'art. 2086 all'art. 2380/*bis*, sino all'art. 2475.

[18] Ciò che il TUSP intende a tali fini per "provvedimento adeguato" viene peraltro – restrittivamente – puntualizzato nel successivo comma 4 del medesimo art. 14. Questo nel senso di escludere «la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 2, anche in deroga al comma 5» del medesimo art. 14 del TUSP (che sancisce limiti ad operazioni finanziarie dell'ente pubblico *verso* società partecipate).

Anche queste norme andranno necessariamente lette ed applicate alla luce della nuova regolazione delle procedure di allerta *ex* art. 12 e seguenti del d.lgs. n. 14/2019, che prevedono anche la possibile, doverosa attivazione degli organi di controllo. A quest'ultimo proposito mi permetto di rinviare alle considerazioni esposte in …, in corso di pubblicazione in *Giur. Comm.*

suoi rappresentanti adeguatamente monitorate, affrontate e risolte, con la tempestività che esse richiederanno.

Si tratta perciò di un contesto nel quale, a maggior ragione se si tratta per l'appunto di società «a controllo pubblico» , alcuni soci – gli enti pubblici – finiscono con l'essere […] più uguali degli altri. Si pensi, ancora una volta, non solo e non tanto al caso in cui un ente pubblico sia da solo titolare di una partecipazione che gli assicura l'esercizio di influenza dominante ai sensi dell'art. 2359 c.c., ma alle più volte ricordate situazioni in cui si ritenga sussistente il controllo plurimo, in capo quindi a più enti pubblici, ciascuno dei quali in ipotesi titolare di una modesta partecipazione. È in contesti del genere che l'applicazione delle citate disposizioni sarà ancor più sfidante, impegnativo e, soprattutto, responsabilizzante.

L'esercizio dei diritti del socio pubblico nella prospettiva della responsabilità erariale ex D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175. Spunti di diritto societario

Il presente scritto esamina, sotto il versante del diritto societario, la correlazione tra l'esercizio dei diritti del socio pubblico ed eventuali responsabilità per danno erariale ai sensi dell'art. 12, comma 2, TUSP (secondo cui costituisce danno erariale "il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione").
In tale prospettiva, l'Autore fornisce alcuni spunti di riflessione in merito alla lettura dell'art. 12, comma 2, TUSP, mostrando, attraverso alcuni esempi (relativi, in particolare, alla disciplina della s.p.a.), come l'esercizio o meno di alcuni diritti sociali, con dolo o colpa grave, possa pregiudicare il valore della partecipazione pubblica.

The exercise of the rights of the public partner in the perspective of state responsibility pursuant to Legislative Decree dated 19 August 2016 No. 175. Elements of company law

In the light of company law, this document examines the correlation between the exercise of the rights of the public member and any liability for revenue damage pursuant to art. 12, paragraph 2 of the TUSP (the 'Consolidated Law on Public Companies', according to which "the damage resulting from the conduct of representatives of the participating public bodies or in any case those holding the power to decide for them, who in the exercise of their rights as shareholders, have affected the value of the investment with fraud or gross negligence," constitutes revenue damage). In this perspective, the author provides some insights into the reading of the art. 12, paragraph 2 of the TUSP, using some examples (with particular reference to the discipline of joint-stock companies), to show how the deployment or not of certain aspects of corporate law, with fraudulent intent or gross negligence, can prejudice the value of public company ownership.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 115-125

Articoli e saggi

Acquisizioni e alienazioni di partecipazioni pubbliche, operazioni di partnership ed evidenza pubblica*

Mauro Renna

Lo scopo del mio contributo è quello di svolgere qualche considerazione su come le finalità della riforma Madia si traducano in strumenti, regole e norme che riguardano in particolare le società a partecipazione pubblica. Nel fare ciò, darò per scontato il quadro delle finalità sottese al nuovo Testo Unico (d.lgs. n. 175/2016) e procederò direttamente con l'analisi delle regole che rappresentano la traduzione delle finalità generali della riforma Madia così come codificate all'interno del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Innanzitutto, un primo elemento da mettere al centro dell'attenzione consiste nella relazione di simmetria/asimmetria che il Testo Unico in esame pone rispetto a due fattispecie tra loro distinte: il caso in cui debbano essere acquisite partecipazioni societarie o costituite nuove società (queste due ipotesi sono, invero, accomunate dal Testo Unico, con riguardo all'oggetto delle osservazioni che mi accingo a svolgere), da un lato, e il differente caso in cui le partecipazioni siano oggetto di dismissione o – per utilizzare una diversa espressione – di alienazione.

È chiaro che, postulando sullo sfondo le finalità prima richiamate, il Testo Unico non possa che esprimere un *favor* evidente per le alienazioni e, viceversa, uno sfavore tendenziale per l'acquisizione di partecipazioni da parte delle pubbliche amministrazioni e, in via indiretta, delle società pubbliche, nonché per la costituzione di nuove entità societarie a partecipazione pubblica.

Qual è lo strumento attraverso il quale il legislatore delegato ha perseguito queste due direttrici?

Si è utilizzato, allo scopo, il classico strumento del diritto amministrativo, ossia la previsione di provvedimenti amministrativi (sotto forma di "delibere")

* Il presente contributo costituisce una riproposizione del testo, rivisto e aggiornato, della relazione (intitolata *Scelta e motivazione dell'uso o della dismissione delle società a partecipazione pubblica e relative procedure*) presentata al XXXIII Convegno dell'Osservatorio "Giordano Dell'Amore" sui rapporti tra diritto ed economia organizzato dalla Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale (CNPDS) sul tema "Le imprese a partecipazione pubblica", che si è svolto presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano il 13 dicembre 2017 e i cui atti sono stati pubblicati in G. Presti, M. Renna (a cura di), *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, 2018.

che richiedono importanti oneri motivazionali a carico delle pubbliche amministrazioni coinvolte dalle operazioni societarie, specie laddove si intenda procedere ad acquisti di nuove partecipazioni. Inoltre, il diritto amministrativo richiama altresì una serie di regole concernenti la c.d. evidenza pubblica, vale a dire quelle stesse regole che sono racchiuse all'interno del Codice dei contratti pubblici e che riguardano (soprattutto, ma non solo) la dismissione delle partecipazioni societarie in mano pubblica.

In buona sostanza, le scelte che attengono alle partecipazioni societarie di pubbliche amministrazioni sono precedute (in realtà, in alcuni casi gli atti amministrativi possono essere anche successivi) e – per così dire – "doppiate" da procedure di tipo pubblicistico con forti oneri motivazionali, le quali trovano la propria disciplina specifica all'interno del Testo Unico. Si può, quindi, parlare anche in questa materia di "procedure a evidenza pubblica".

La previsione di regole "penetranti" – le quali, ricordiamo, costituiscono deroghe al diritto comune, secondo la "regola aurea" (art. 1, comma 3, del Testo Unico) per cui lì dove non c'è la norma pubblicistica tornano a riespandersi il codice civile e, in generale, il diritto societario comune – si traduce, di riflesso, in un'invasione notevole oltre che in una forte compressione di quella che è l'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni in materia.

Segnalo altresì che – pur conoscendo bene il Testo Unico la distinzione tra le società in controllo pubblico e le società semplicemente partecipate dalle amministrazioni – la disciplina sulle partecipazioni in esame, in realtà, non distingue tra i tipi di società in controllo pubblico o semplicemente oggetto di partecipazione pubblica, occupandosi delle partecipazioni pubbliche in quanto tali e, dunque, nei termini più generali e onnicomprensivi possibili.

Se a ciò si aggiunge che il Testo Unico auto-dichiara di applicarsi non solo alle partecipazioni c.d. dirette delle pubbliche amministrazioni, bensì anche a quelle c.d. indirette (vedi l'art. 1, primo comma, in combinato disposto con l'art. 2, lett. g), del T.U.), il risultato è che si possono avere partecipazioni di società pubbliche in altre società pubbliche che, a loro volta, soggiacciono anch'esse alle regole del Testo Unico, in quanto rientranti nell'ambito del concetto della partecipazione indiretta.

Pertanto, quello che dirò vale non solo per le partecipazioni dirette delle amministrazioni nelle società pubbliche, ma anche per le partecipazioni indirette, ossia quelle detenute attraverso società pubbliche interposte tra le amministrazioni e le società partecipate dalle prime.

Un siffatto perimetro applicativo è alquanto invasivo, come si può subito notare, e mi chiedo, di conseguenza, se sia rispettato il principio di proporzionalità nel non avere previsto, per esempio, alcuna soglia minima di "presenza di par-

tecipazione pubblica" nelle società indirettamente partecipate, ai fini dell'applicabilità delle norme in esame.

Questo è un tema che volevo sin da subito segnalare poiché riguarda la sfera di applicazione delle norme considerate: una sfera di applicazione che, prescindendo dalla previsione di soglie minime di partecipazione pubblica (quantomeno) indiretta, pone un problema, io credo, di eccessiva pubblicizzazione della disciplina.

Ora, venendo ai due ambiti di regole fissate dal Testo Unico – da una parte, per la costituzione di nuove società o l'acquisto di partecipazioni; dall'altra, per le alienazioni o dismissioni – è chiaro che la norma centrale è rappresentata dall'art. 4 del Testo Unico; in realtà, cominciando dall'acquisto di partecipazioni pubbliche o costituzione di nuove società, c'è un gruppo più ampio di norme che concernono questo tema, ossia gli artt. 4, 5, 7 e 8 del Testo Unico.

Nell'ambito di questo quadro normativo, proverò ora a riassumere la disciplina muovendo alcune considerazioni critiche.

Ebbene, l'art. 4 è la norma cardinale; è quella che, sostanzialmente, traccia il "diritto di esistere" delle società e, quindi, anche il "diritto" per gli enti pubblici di acquistare azioni o di costituire nuove società, che è proprio il tema del quale ci stiamo occupando.

Nello specifico, l'art. 4 riprende una vecchia disposizione – l'art. 3, comma 27, della legge finanziaria per l'anno 2008 (l. n. 244/2007) – ove si diceva che la possibilità di acquistare partecipazioni o di costituire società per gli enti pubblici richiedesse la dimostrazione della stretta necessità delle stesse per il perseguimento delle finalità istituzionali degli enti.

Questo primo profilo, quindi non nuovo e oggi ripreso dal Testo Unico, consiste nel c.d. vincolo di scopo: vale a dire, il vincolo che lega la possibilità di effettuare dette operazioni alle finalità istituzionali proprie dell'ente pubblico. In argomento, esiste dunque da tempo ampia giurisprudenza, sia della Corte dei Conti che dei giudici amministrativi.

Pertanto, il suddetto vincolo di scopo, il cui rispetto è da riscontrare nella motivazione che giustifica la decisione amministrativa di acquistare le partecipazioni o di costituire la nuova società, non è di per sé un'innovazione del Testo Unico.

Tuttavia, mentre in passato il vincolo di scopo veniva declinato in una serie di fattispecie che rappresentavano una casistica di prassi di amministrazioni oltre che giurisprudenziale, la scelta che ha fatto il Testo Unico (precisamente, l'art. 4, comma 2) è stata quella di indicare non solo il vincolo di scopo (così come fa esplicitamente l'art. 4, comma 1), bensì anche un aggiuntivo vincolo relativo a specifiche attività: l'art. 4, comma 2, afferma – in sostanza – che non è sufficiente il rispetto di un vincolo di scopo alla base dell'operazione, poiché la stessa deve

rientrare anche all'interno di precisi ambiti oggettivi, entro i quali è ammesso per le amministrazioni lo svolgimento di certe attività in forma societaria.

In altri termini, le società a partecipazione pubblica non solo devono perseguire le finalità istituzionali dell'ente partecipante, ma possono concernere esclusivamente alcuni tipi di attività: l'art. 4, comma 2, del Testo Unico somma quindi al vincolo di scopo un nuovo vincolo – per così dire – "di attività".

Di conseguenza, la disposizione reca – dalla lettera a) alla lettera e) – un elenco, ormai credo già abbastanza noto, che prescrive quali siano le uniche attività possibili per le società a partecipazione pubblica: i servizi di interesse generale, l'autoproduzione di beni o servizi strumentali agli enti partecipanti, l'attuazione di accordi di programma, di contratti di partenariato, etc..

Al precedente criterio per "finalità generali" si aggiunge quindi un nuovo approccio casistico, il quale è, con ovvia evidenza, maggiormente invasivo rispetto all'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni che si trovano a voler adottare scelte di questo tipo.

Sempre l'art. 4 – ma su questo sarò rapidissimo – identifica poi, nei commi successivi, tutta una serie di casi in cui si fanno salve determinate fattispecie, vale a dire si mantengono efficaci norme che riguardano casi puntuali e specifiche possibilità di costituire società, in deroga alle regole generali prima richiamate.

In conclusione, quello che emerge è che le pubbliche amministrazioni – il messaggio ultimo può apparire come semplice e banale, ma è questo – non devono più svolgere attività d'impresa comune: l'attività d'impresa ordinaria, ossia che non abbia alcuna finalità di interesse generale, è bandita dall'ordinamento per le pubbliche amministrazioni. Per raggiungere questo risultato, passando quindi dall'individuazione dei casi in cui è possibile acquistare partecipazioni o costituire nuove società all'analisi delle procedure o – come dicevo poc'anzi – degli strumenti attraverso i quali si realizzano le finalità della riforma, il Testo Unico ha previsto procedimenti e atti di natura pubblicistica; e ciò, si badi ancora, non solo con riguardo alle partecipazioni dirette, ma anche per quanto concerne le partecipazioni indirette, sicché le relative decisioni non saranno assunte soltanto dalle società pubbliche interessate, ma dovranno essere adottate anche dagli enti pubblici partecipanti a monte.

I provvedimenti amministrativi relativi a dette procedure sono quelli rispetto ai quali l'art. 7, comma 1, del Testo Unico, detta le competenze, prescrivendo, a seconda della tipologia di ente pubblico interessato, quali siano gli organi che devono deliberare l'acquisizione di partecipazioni o la costituzione di nuove società. I negozi che determinano il trasferimento di partecipazioni o la costituzione di società non producono effetto se non intervengono i necessari provvedimenti amministrativi, come si ricava chiaramente anche dall'art. 8 del Testo Unico.

Segnalo, a tal proposito, che si assiste – così come per i contratti pubblici prima evocati – a una situazione nella quale vi è una fase pubblicistica, sottoposta (in caso di contestazioni) alla giurisdizione amministrativa, accompagnata da una parallela (successiva o, in taluni casi, anche antecedente) fase privatistica, consistente nella stipula dei negozi e nella loro esecuzione, che appartiene invece alla giurisdizione del giudice ordinario.

Detto ciò, l'art. 5 del Testo Unico – ed è questa forse la parte più invasiva di tutta la disciplina – configura gli specifici contenuti motivazionali che devono essere presenti nei provvedimenti amministrativi di cui dicevo prima. Si richiede, nello specifico, una motivazione analitica riguardo a: la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4; l'esistenza di ragioni e finalità che giustificano la scelta compiuta anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria; la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; la compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei (qui si pensa, in particolare, alla disciplina *antitrust* e alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato).

Pertanto, il legislatore impone le motivazioni che debbono essere presenti nella delibera che dispone l'acquisto di partecipazioni o la costituzione di una nuova società. Per fortuna, a mio avviso, è stato espunto – a opera del decreto legislativo correttivo n. 100/2017 – un onere motivazionale ulteriore che era presente nella prima versione del testo e che davvero appariva come sproporzionato: si imponeva, infatti, all'amministrazione di motivare anche in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate nell'operazione in questione. Francamente, ritengo che quest'onere si traducesse in una sorta di "*probatio diabolica*", concernente, peraltro, scelte politiche, quali sono quelle che riguardano l'assegnazione di alcune somme in bilancio per una certa destinazione piuttosto che per un'altra.

Per fortuna questo onere motivazionale è stato espunto, ma, cionondimeno, i restanti altri sono particolarmente significativi e gravosi.

A tutto ciò si aggiunge, inoltre, una proceduralizzazione "forte" della scelta di acquisire partecipazioni o di costituire nuove società: si prevede l'invio della delibera alla Corte dei conti, non per un controllo preventivo, ma a fini conoscitivi, anche se è evidente che la Corte dei conti potrà comunque attivare *ex post* l'esercizio dei propri poteri (come si ricava anche dalle previsioni del comma 4 dello stesso articolo 5 del Testo Unico); nonché l'invio della medesima delibera all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, finalizzato espressamente alla possibilità per l'Autorità – ormai nota a tutti – di impugnare i provvedimenti amministrativi ove ritenuti lesivi della concorrenza.

Infine, nel caso delle delibere degli enti locali, è stato anche previsto lo svolgimento di forme di previa consultazione pubblica, secondo le modalità prescelte e disciplinate dal singolo ente; rispettando, così, almeno in questa parte della nuova disciplina, l'autonomia dell'ente locale nel decidere quali debbano essere le forme di consultazione più consone per le operazioni da realizzare.

Ora, quella appena segnalata è una previsione che, a mio modo di vedere, si può giustificare probabilmente per le società che svolgono servizi pubblici; del resto, nel testo della lontana legge Giolitti del 1903, relativa alle c.d. municipalizzazioni, era prevista una vera e propria consultazione popolare sulla decisione di assumere direttamente un servizio pubblico da parte di un Comune. Mi pare, invece, che l'estensione della previsione di forme di consultazione pubblica anche ad altre ipotesi, come ad esempio quelle delle società strumentali di autoproduzione degli enti locali, ancora una volta potrebbe risultare in violazione del principio di proporzionalità.

Venendo adesso al secondo gruppo di regole e, dunque, all'altro tema di cui mi devo occupare, quello delle alienazioni e dismissioni di partecipazioni pubbliche, ancora una volta sia dirette che indirette, è evidente il cambio totale di approccio del legislatore. Infatti, in questo caso non v'è più un problema di motivazione delle decisioni, dato che il legislatore non si preoccupa delle ragioni sottese alla scelta pubblica, essendovi – potremmo dire – quasi "di *default*" nell'ordinamento uno spiccato *favor* per la dismissione. La motivazione della scelta non richiede quindi di essere esplicitata in modo specifico, o meglio dovrà essere resa nei termini previsti in generale per tutti i provvedimenti amministrativi, senza essere oggetto di specifici e stringenti oneri contenutistici, del tipo di quelli previsti dall'art. 5 del Testo Unico.

Da questo punto di vista, dunque, il legislatore non percepisce un problema specifico avverso il quale cautelarsi; di conseguenza, si assiste a una leggera espansione dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, quanto alla scelta sull'*an* della dismissione – anche se, in molti casi, è poi il legislatore stesso a stimolare, se non imporre, dismissioni, rendendo in tal modo più agevoli le relative motivazioni.

Il problema qui, come è facile intuire, è un altro: essendo le partecipazioni societarie configurabili alla stregua di beni pubblici, nel senso di beni di proprietà diretta o indiretta di pubbliche amministrazioni, la preoccupazione del legislatore in caso di loro alienazione è quella di preservare l'applicazione delle regole di contabilità pubblica e di tutelare, al contempo, la concorrenza. In altri termini, la situazione ricade all'interno delle fattispecie per le quali il legislatore, in ragione della proprietà pubblica dei beni, è solito dettare regole di concorsualità per la

loro alienazione. Basti ricordare, in proposito, le regole di contabilità pubblica di cui al vecchio regio decreto del 1924.

Per vendere beni pubblici, nel caso di specie partecipazioni societarie, occorre dunque seguire regole capaci di garantire sia il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, sia la tutela della concorrenza.

Si arriva così alla regola fissata nell'art. 10 del Testo Unico: una regola generale di procedura concorsuale, di valutazione comparativa, per quanto concerne le alienazioni di partecipazioni societarie, dirette o indirette, da parte degli enti pubblici.

Al riguardo, segnalo immediatamente un problema interpretativo che, a mio avviso, la disposizione in esame pone all'attenzione e che il Testo Unico non pare avere preso in considerazione, ossia l'identificazione del concetto di alienazione di partecipazioni ai fini della disciplina qui dettata. Più precisamente, sappiamo bene anche noi amministrativisti che gli aumenti di capitale sono cosa diversa dalle alienazioni di partecipazioni; tuttavia, mi pare che dobbiamo chiederci se la prevista regola dell'evidenza pubblica e, in particolare, della procedura comparativa non debba valere anche per gli aumenti di capitale delle società pubbliche la cui sottoscrizione non sia riservata a determinati soggetti.

Sicché, sotto il profilo dell'esigenza pubblicistica che costituisce la *ratio* della disposizione in esame, ci si dovrebbe domandare se, in caso di aumento di capitale, il problema sostanziale che ha in mente il legislatore sia il medesimo e, di conseguenza, si debba fare applicazione dell'art. 10, nella parte in cui questo prevede lo svolgimento di valutazioni comparative, così come per la fattispecie – giuridicamente differente (quantomeno dal punto di vista del diritto commerciale) – dell'alienazione di partecipazioni.

Detto questo, il medesimo art. 10, dopo aver affermato la regola generale della procedura aperta e competitiva per alienare le partecipazioni societarie, dispone che, «in casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente». Con una disposizione simile, se si vuole, a quella contenuta nelle vecchie norme di contabilità pubblica, il legislatore ci dice che in casi eccezionali, senza qui tuttavia null'altro aggiungere riguardo a tali casi, è possibile la trattativa diretta con l'acquirente delle partecipazioni.

Naturalmente, in questi casi la motivazione dell'alienazione dovrà dare atto analiticamente della convenienza economica dell'operazione, con particolare attenzione alla congruità del prezzo di vendita; cionondimeno, la disposizione non ci dice quali possano essere questi casi eccezionali, non contenendo alcun elenco casistico.

Ebbene, il tema generale che pongo riguardo a questa disposizione è il seguente: rispetto alla compressione notevole dell'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni operata dal Testo Unico, la scelta di lasciare alle amministrazioni stesse la possibilità di un apprezzamento – con idonea motivazione – di casi eccezionali nei quali si possa ricorrere a una trattativa privata mi pare che costituisca una buona compensazione.

In altri termini, mi pare che in questo caso il legislatore si accorga dell'esistenza di situazioni – senza, però, riuscire a scorgerle tutte (e nel mondo delle operazioni societarie ce ne sono tante) – nelle quali la meccanica applicazione della regola generale, per cui, quand'anche si dovesse cedere una sola partecipazione, quella partecipazione andrebbe ceduta previo espletamento di una procedura comparativa, risulterebbe del tutto inadeguata.

Dal che la scelta di lasciare un buon margine di discrezionalità in capo alle amministrazioni, nell'individuazione in concreto di detti "casi eccezionali", salvo prevedere ovviamente un onere di motivazione adeguata sulla convenienza economica dell'operazione e sulla congruità del prezzo di vendita delle partecipazioni.

Ma quali possono essere questi casi eccezionali?

È chiaro che qui vengono innanzitutto in mente quei casi – penso sempre alle vecchie norme di contabilità pubblica – in cui non ci può essere che un soggetto al quale vendere, ossia fattispecie di singolarità dell'acquirente che non lasciano alternativa alcuna.

Ciò detto, per cercare di tradurre nella realtà la disposizione in questione, ho pensato alla situazione – che, peraltro, si è già realizzata in concreto e si sta verificando in diverse operazioni societarie – in cui due o più società a partecipazione pubblica realizzino operazioni di partenariato, anche molto complesse. Mi riferisco a quel tipo di operazioni che, ad esempio, oggi sono sempre più richieste da varie normative di settore, come in materia di gas o di trasporti, per cui al fine di partecipare a gare per l'aggiudicazione di determinati servizi pubblici risulta opportuno, se non necessario, procedere ad aggregazioni.

Nel contesto normativo attuale si assiste infatti a una tendenza che stimola sempre più le operazioni di *partnership* tra società pubbliche o, anche, tra società pubbliche e società private. In alcuni casi, vi sono financo piani industriali di società partecipate da enti pubblici (penso, soprattutto, a società organizzate in forma di *holding*, a capo di rilevanti gruppi societari) che prevedono o pensano ad aggregazioni non solo fra singole società, ma anche fra gruppi di società a partecipazione pubblica.

In questi casi, è evidente come il diritto societario ci ponga dinanzi a una complessità di operazioni che non sono riducibili, a ben vedere, né a semplici acquisizioni, né a semplici alienazioni di partecipazioni. Sicché, esistono operazioni com-

plesse, anche di gruppi, nelle quali, in particolare, le azioni o partecipazioni societarie possono essere oggetto di scambio, in cui alcune società possono entrare a far parte di altre società anche scambiandosi rispettivamente proprie partecipazioni.

Esistono, insomma, come ben ci possono insegnare i colleghi giuscommercialisti e gli esperti in diritto societario, svariate operazioni che non sono riducibili né alla mera acquisizione di partecipazioni e nemmeno alla sola fattispecie di alienazione di partecipazioni.

Ebbene, in questi casi, si potrebbe in realtà dire che, quantomeno dal punto di vista pubblicistico e ai fini delle disposizioni del Testo Unico, bisognerebbe provare a scomporre tutti i singoli segmenti della complessiva operazione allo scopo di isolare le singole acquisizioni e alienazioni, per poi applicare contemporaneamente a ciascuna di esse gli artt. 4 e ss., da un lato, e l'art. 10 del Testo Unico, dall'altro.

Ora, nei suddetti casi, sarebbe invero difficile sfuggire – com'è ovvio – all'applicazione all'intera operazione degli artt. 4 e seguenti; al contempo, però, l'art. 10 potrebbe essere applicato proprio con riferimento alla previsione dei "casi eccezionali" di cui si è detto.

Allora, io penso che si possa ritenere, di fronte ad alcune operazioni che presentino realmente una singolarità nel loro complesso, che queste non si possano che concepire e realizzare in un certo modo, ossia riconoscendo che l'operazione societaria non consista in una mera acquisizione di partecipazioni, o in una mera alienazione di partecipazioni, bensì nella realizzazione di un'autentica e unitaria iniziativa di partenariato con altri soggetti e, in particolare, con altre società a partecipazione pubblica e/o altri gruppi pubblici; e in questi casi, anche a voler essere rigorosi e a voler applicare tutte le norme del Testo Unico che concernono sia le acquisizioni che le alienazioni, scomponendo così idealmente l'operazione unitaria, io penso che comunque si rientrerebbe nei "casi eccezionali" di cui all'art. 10 del medesimo Testo Unico.

Rispetto a una siffatta conclusione si potrebbe obiettare che esiste un atto dell'ANAC, n. prot. 38120 del 13 marzo 2017 – recente, ma espresso su una situazione non soggetta al nuovo Testo Unico, non ancora in vigore al momento dell'effettuazione dell'operazione – che si è occupato di un caso abbastanza noto, ossia l'acquisizione da parte di A2A S.p.A. del 51% del capitale sociale di LGH - Linea Group Holding S.p.A..

L'ANAC ha affermato, in sostanza, che la suddetta operazione – effettuata senza gara e a mezzo di trattativa diretta con la società A2A, la quale ha acquisito la maggioranza del capitale sociale di LGH – sarebbe viziata per il mancato espletamento di una procedura comparativa; mentre, tra le diverse motivazioni per cui non è stata svolta in concreto alcuna gara, viene ripetutamente addotta dalle società coinvolte la ritenuta situazione di unicità e infungibilità dei due soggetti che hanno preso parte all'operazione.

Tuttavia, ritengo non preoccupante questo atto dell'ANAC, per alcune semplici ragioni.

In primo luogo, a me pare che quella fattispecie davvero fosse qualificabile come una mera alienazione di partecipazioni pubbliche; infatti, al di là della denominazione "partenariato" formalmente utilizzata per qualificare l'operazione, in concreto risulta essersi trattato di un acquisto, da parte di A2A, della maggioranza del capitale sociale della società pubblica LGH.

In secondo luogo, al momento temporale della realizzazione dell'operazione societaria in questione non era ancora in vigore il Testo Unico n. 175/2016.

Da ultimo, nel caso specifico è stato individuato anche un problema di elusione della regola della c.d. doppia gara. Infatti, non essendo stata bandita alcuna gara, A2A è divenuta socia di LGH – e, dunque, indirettamente affidataria del servizio pubblico a questa affidato – senza essere stata scelta in esito a un'apposita procedura di gara dalle pubbliche amministrazioni che detenevano il capitale sociale di LGH.

Quell'operazione, insomma, risulta affetta da una pluralità di significative problematiche, il che mi porta a non ravvisare particolari elementi di preoccupazione nel segnalato atto dell'ANAC, rispetto alla tesi che ho esposto a proposito dei "casi eccezionali" di cui all'art. 10 del Testo Unico. Peraltro, segnalo che l'operazione in esame non è stata comunque oggetto d'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo ed è, dunque, proseguita senza alcuna battuta di arresto.

In conclusione, a me pare che, al cospetto di un'operazione seria e sincera di partenariato (che non maschera qualcos'altro) fra più soggetti e, in particolare, fra gruppi societari pubblici e/o società a partecipazione pubblica, sia possibile, a certe condizioni, procedere per mezzo di trattativa privata; quello che conta, in tali ipotesi, è che la motivazione dei relativi atti amministrativi, sotto tutti i profili qui analizzati, corrisponda scrupolosamente a quanto prescritto dagli artt. 4 e ss., oltre che dall'art. 10 del Testo Unico.

Pertanto, la motivazione dovrà risultare analitica, solida e robusta; ragion per cui le pubbliche amministrazioni dovranno attrezzarsi, se vorranno realizzare operazioni di questo tipo, per poter predisporre delibere consiliari (penso, soprattutto, agli enti locali) particolarmente articolate e importanti.

Tutto quanto si è esposto dimostra come sicuramente gli intendimenti del Testo Unico siano chiari e buoni; ciononostante il diritto societario (lo dico dal lato dell'amministrativista) ci offre una serie di situazioni che spesso non sono perfettamente inquadrabili nell'ambito delle regole pubblicistiche poste dal legislatore della riforma: il che pone specialmente gli amministrativisti di fronte all'esigenza di svolgere uno sforzo interpretativo notevole per cercare di tenere insieme i due ambiti disciplinari.

Acquisizioni e alienazioni di partecipazioni pubbliche, operazioni di partnership ed evidenza pubblica

Con il presente scritto l'Autore, nel prendere in considerazione le disposizioni del Testo Unico in materia di acquisizione di partecipazioni societarie e/o di costituzione di nuove società, da un lato, e di alienazione o dismissione delle partecipazioni, dall'altro, esamina gli strumenti attraverso cui il legislatore ha concretamente perseguito le finalità sottese alla disciplina di tali operazioni (che sono di tendenziale disfavore per le une e di "favor" per le altre).
Alcune riflessioni vengono, infine, svolte in merito a quelle operazioni societarie (di partnernariato con altre società a partecipazione pubblica o altri gruppi pubblici) che, per la loro singolarità, non sono assimilabili né ad acquisizioni né ad alienazioni di partecipazioni societarie e, in quanto tali, potrebbero essere ricondotte a quei "casi eccezionali" di cui all' art. 10, comma 2, t.u., e quindi giustificare l'applicazione della relativa disciplina.

Acquisitions and disposals of public shareholdings, partnership operations and public evidence

In this article, while taking into consideration the provisions of the Consolidated Law on the acquisition of shareholdings and/or the constitution of new companies on one hand, and the disposal of holdings on the other, the author examines the tools through which the legislator has concretely pursued the purposes underlying the discipline of such operations (which tend to disfavour some and favour others). Finally, a number of reflections are carried out on those corporate transactions (of partnership with other public companies or other public groups), which due to their singularity, cannot be assimilated either to acquisitions or to the disposal of shareholdings and, as such, could be traced back to those 'exceptional cases' referred to in art. 10, paragraph 2 of the Consolidated Law, and therefore justify the application of the relative discipline.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 127-151

Articoli e saggi

L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'*in house providing* tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"

Elisabetta Codazzi

Sommario: 1. Le società a partecipazione pubblica e il diritto societario: considerazioni introduttive. – 2. Il controllo analogo tra concezione giurisprudenziale e definizione normativa. – 3. Il controllo analogo tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe": inquadramento sistematico del fenomeno. – 4. La configurazione cd. "privatistica" della società *in house.* – 5. L'esercizio del controllo analogo nella s.p.a. *in house* tramite deroga all'art. 2380-*bis,* c.c. – 6. L'esercizio del controllo analogo nella s.r.l. *in house* e i "particolari" amministrativi. – 7. Conclusioni.

1. *Le società a partecipazione pubblica e il diritto societario: considerazioni introduttive*

Il rapporto tra società a partecipazione pubblica e diritto societario può essere visto in una duplice prospettiva: quello della riconducibilità di tale fenomeno nell'alveo della disciplina delle società di capitali e quello ulteriore volto a verificare la valenza sistematica che specifiche previsioni dettate nel settore speciale delle partecipazioni pubbliche possono avere anche al di fuori di tale contesto[1]. In

[1] Sul tema delle società a partecipazione pubblica e del loro rapporto con il diritto societario, nonché sui relativi riflessi sistematici sulla disciplina delle società di capitali, la letteratura è vastissima: per un quadro sistematico aggiornato della materia, si veda, in particolare, la relazione di F. Goisis, *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico* pubblicata in questa *Rivista,* 2019, n. 2, 11 ss. (e Id., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo,* in *Dir. ec.,* 2013, 41 ss. e più diffusamente in *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche,* Milano, 2004, spec. 113 ss.). Tra gli altri contributi, si vedano C. Angelici, *Tipicità e specialità delle società pubbliche,* in Aa.Vv., *Le "nuove" società partecipate e in house providing,* Milano, 2017, 15 ss.; G. Guizzi, *Interesse sociale e* governance *delle società pubbliche,* in Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016,* Milano, 2017, 1 ss.; A. Zoppini,

tale prospettiva, si valuterebbe non solo l'influenza del diritto societario sul sistema delle società partecipate, ma anche gli effetti che la disciplina di queste ultime può avere sul sistema[2].

Sulla prima questione, sinora ampiamente dibattuta a livello dottrinale e giurisprudenziale, il legislatore è intervenuto stabilendo che «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato» (art. 1, comma 3, t.u.)[3].

La società a partecipazione pubblica: verso una public corporate governance?, in *Riv.dir.comm.,* 2018, I, 19 ss.; G. Caruso, *Il socio pubblico,* Napoli, 2016, spec. 395 ss.; F. Galgano, *Le società per azioni in mano pubblica,* in *Trattato di diritto civile,* Padova, 2015, vol. IV; C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline,* in Aa.Vv., *Le società pubbliche,* a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 1 ss.; sul tema più specifico delle società *in house,* sia consentito rinviare a E. Codazzi, *La società* in house, *La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità,* Napoli, 2018, spec. 95 ss.; di recente anche P. Pettiti, *Gestione e autonomia delle società titolari di affidamenti,* Milano, 2016, spec. 13 ss.

[2] Diverse, infatti, sono quelle disposizioni che, dettate dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs., n. 175/2016, definito, di qui in poi, come "t.u."), finiscono col prendere posizione su questioni di diritto societario incerte o comunque assai dibattute, anticipando in tal modo possibili futuri orientamenti del legislatore su tali argomenti: si pensi all'art. 13, comma 2, t.u., che estende anche alle s.r.l. il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. (sul sistema dei controlli, si veda, più in generale, F. Fracchia, *I controlli sulle società pubbliche,* in *Dir. proc. amm*., 2018, 855 ss.), previsione introdotta dal codice sulla crisi di impresa ai sensi dell'art. 379, comma 2, che prevede l'applicazione di tale procedura alla società anche se priva del collegio sindacale. Altre previsioni di particolare rilevanza sul piano sistematico sono, come vedremo, quelle che, al fine di consentire al socio pubblico l'esercizio del controllo cd. "interno" nelle società miste e del controllo analogo nelle società *in house* (artt. 16 e 17 t.u.)*,* consentono agli statuti di introdurre clausole di deroga all'art. 2380-*bis,* c.c.: partendo da tali disposizioni, ci si può pertanto interrogare sulla opportunità di mantenere o limitare la regola di competenza esclusiva degli amministratori in materia gestoria, essendo tale regola derogata in altri settori dell'ordinamento anche su influsso del diritto comunitario (in tal senso, ad esempio, la previsione in tema di cd. *say on pay* di cui all'art. 123-*ter,* comma 6, TUF, su cui E. Codazzi, *Il voto degli azionisti sulle politiche di remunerazione degli amministratori: la disciplina italiana e il modello comunitario di "say on pay"*, in *Riv. ODC,* 2016, 21 s.).

[3] Antecedente rispetto a tale norma, nel senso di qualificare in senso privatistico lo statuto delle società partecipate, è la previsione (ora abrogata dall'art. 28, comma 1, lett. *q)*, t.u.) con cui si chiariva che «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali» (art. 4, comma 13, d.l., n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012). Secondo i relativi atti parlamentari, tale disposizione sarebbe stata volta «[…] ad imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva "entificazione" pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione» (Servizio Studi del Senato, *Dossier,* n. 382 del luglio 2012, n. 3). In più occasioni, le stesse Sezioni unite hanno sottolineato come la norma avrebbe eliminato qualsiasi dubbio circa l'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, avendo la stessa «una natura esplicitamente interpretativa e come tale efficacia retroattiva», ovvero, costituendo «clausola normativa ermeneutica generale (norma di chiusura)», che, salvo deroghe espresse imporrebbe all'interprete «[…] di optare comunque per l'applicazione della disciplina del codice civile in materia di società di capitali»: tra le molte in tal senso, Cass., sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591, par. 2, in *Giur. comm.,* 2017, II, 817 ss., con nota di E. Codazzi, *Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile: l'orientamento delle Sezioni unite alla luce del testo unico sulle società partecipate*; nello stesso senso, Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, in *Riv. dir. comm.,* 2017, II, 333 ss., con nota di P. Pettiti, *Soggettività e fallimento della società in house* ; Cass., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. comm.,* 2016, II, 1041 ss., con nota di K. Martucci, *Revoca degli amministratori nominati dall'ente pubblico azio-*

Ciò significa, in altri termini, che, in assenza di specifiche previsioni derogatorie, le società partecipate sono regolate dalle stesse norme applicabili alle altre società, laddove, qualora le disposizioni di deroga vi siano, queste debbono attenersi al limite della «proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica» (art. 18, comma 1, lett. *a),* legge delega, n. 124/2015).

La stessa precisazione, secondo cui le deroghe sono ammissibili solo nella misura in cui trovino fondamento in specifiche disposizioni del testo unico, induce a ritenere che (in continuità con quanto previsto *ex* art. 4, comma 13, d.l., n. 95/2012), dette deroghe debbano essere sempre espresse e non implicitamente ricavabili dalla legge o, addirittura, da principi generali dello stesso ordinamento[4].

Sotto il secondo versante, non sfugge, invece, come nell'ambito del d.lgs., n. 175/2016 («Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica», così come modificato dal successivo decreto cd. "correttivo", n. 100/2017), sia possibile rinvenire, accanto a norme che si riferiscono a specifici modelli di società partecipata (e, in particolare, le società a controllo pubblico, le società a partecipazione mista pubblico-privata e le società *in house*[5]), alcuni frammenti di un più generale statuto di s.r.l. e s.p.a. a partecipazione pubblica, che rendono necessario

---

nista e giurisdizione; nel senso di rinvenire in tale disposizione una conferma in senso privatistico della società in mano pubblica, anche Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, *ivi*, 2014, II, 5 ss., con nota di C. Ibba, *Responsabilità erariale e società* in house, e, *ivi,* 2015, II, con nota di E. Codazzi, *La giurisdizione sulle società cd.* in house*: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario.*

[4] Una siffatta interpretazione si rivelerebbe, del resto, coerente con la previsione di cui all'art. 18, comma 1, legge delega, secondo cui uno dei fini prioritari dell'intervento legislativo avrebbe dovuto essere quello «di assicurare la chiarezza della disciplina», il quale sembrerebbe escludere l'ammissibilità di interpretazioni non fondate su dati espressi ed oggettivi. Lo stesso principio sembrerebbe ricavabile *ex* art. 16, comma 2, legge delega, che si proponeva di realizzare un intervento legislativo volto a realizzare «le modifiche strettamente necessarie», un «coordinamento formale e sostanziale» delle disposizioni del testo unico, la «risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia», nonché a prevedere abrogazioni esplicite. In più occasioni, la Corte dei Conti ha, del resto, sottolineato la necessità che le deroghe alla disciplina civilistica siano dettagliate e circoscritte, al fine di non alterare il regime della concorrenza: così, Corte Conti, sez. riunite in sede di controllo, *Audizione su Atto di Governo 297 riguardante gli Organismi partecipati*, giugno 2016, 6; e vedi da ultimo anche Corte Conti, sez. Autonomie, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali,* Relazione 2017, Deliberazione n. 27/SEZAUT/2017/FRG, in www.corteconti.it, 15.

[5] In conformità del principio di legge delega *ex* art. 18, comma 1, lett. *a)* (che invitava il legislatore a tener conto, nell'emananda disciplina, della «distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa […]»), il testo unico sembrerebbe aver introdotto una normativa "a cerchi concentrici", composta, sia da disposizioni destinate ad essere applicate "in trasversale" a tutte le società rientranti nel suo ambito applicativo, sia da ulteriori previsioni, invece, specificamente volte a regolare talune peculiari fattispecie: equipara la normativa del testo unico ad un "sistema di cerchi concentrici", composto da una "disciplina base che riguarda tutte le forme di sottoscrizione, e modifica delle partecipazioni" e discipline specifiche o di settore, G. Giannelli, *La gestione delle partecipazioni pubbliche,* in Aa.Vv., *Le "nuove" società partecipate e in house providing,* cit., 129; riconosce, nell'ambito delle società partecipate, diversi gradi di "specialità", G. Rossi, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico,* in Aa.VvV., *Le "nuove" società partecipate e in house providing,* Milano, 2017, 31 ss., *ivi*, 36 ss.

interrogarsi sulla relativa portata sistematica, nonché sull'influenza che gli stessi possono avere sulla rilettura di questioni centrali per il diritto societario[6].

Entrambe le citate prospettive di analisi assumono rilevanza con riferimento alla figura del controllo analogo e, più in generale, dell'*in house providing,* la cui compatibilità con il diritto societario rappresenta uno dei più significativi punti di emersione del controverso rapporto tra pubblico e privato nelle società partecipate, su cui il legislatore, neppure a seguito dell'introduzione del testo unico, pare essere pervenuto ad un punto di svolta[7].

A tal riguardo, infatti, l'art. 16, comma 2, lett. *a),* t.u., stabilendo che gli statuti delle s.p.a. possono derogare all'art. 2380-*bis,* c.c., al fine di consentire l'esercizio del controllo analogo, affronta il principale nodo concettuale della materia dell'*in house providing* ma non lo scioglie del tutto, demandando all'interprete il compito di individuare i legittimi spazi di deroga (di un precetto altrimenti inderogabile[8]) e, in ultima analisi, di compatibilità tra il fenomeno in questione e il diritto societario[9].

---

[6] In particolare, oltre alle previsioni che impongono alla s.r.l. a controllo pubblico una struttura "capitalistica" (prevedendo l'obbligo di nominare, ai sensi dell'art. 3, comma 2, t.u., l'organo di controllo o un revisore), o a quelle che, come già accennato, la sottopongono al procedimento di cui all'art. 2409 c.c. (art. 13, comma 2), si possono menzionare anche le disposizioni del t.u., che esamineremo nei paragrafi successivi, volte a limitare l'ingerenza nella gestione del socio pubblico, attraverso il divieto di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva (art. 11, comma 2) o l'introduzione di clausole statutarie volte a derogare, nelle s.r.l. miste, all'art. 2479, comma 1, c.c., «nel senso di eliminare o limitare la competenza dei suoi soci» (*infra* par. 6).

[7] Sul tema, si veda E. Codazzi, *La società* in house, cit., 201 ss. Per una ricostruzione, anche giurisprudenziale, dell'*in house providing,* si vedano, in particolare, V.Donativi, *Le società a partecipazione pubblica,* Milano, 2016, 1040 ss ; M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria,* in *R.D.S.,* 2012, 199 ss.; Id., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria,* in Aa.Vv., *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze, Studi in onore di Giuseppe Zanarone,* diretto da P. Benazzo, M. Cera, S. Patriarca, Torino, 2011, 501; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica, La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali,* Napoli, 2012, spec. 290 ss.; E. Codazzi, *Società* in house providing, in *Giur. comm.,* 2016, II, 953 ss.

[8] La norma è ritenuta inderogabile, in quanto espressione del principio di divisione dei poteri tra organi sociali (che, come noto, nella società di capitali funge da contrappeso rispetto alla "irresponsabilità" dei soci per le obbligazioni sociali) (per tutti, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società,* Torino, 2015, 355; in tema, anche G. Guizzi, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis, c.c.,* in Aa.Vv., *Società, banche e crisi d'impresa,* Liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, vol. 2, 1043 ss.).

[9] Sottolinea come la disciplina di cui all'art. 16, prevedendo una facoltà di deroga, consente di ipotizzare che il fenomeno possa realizzarsi anche senza l'attribuzione di poteri gestionali in capo al socio pubblico, G. Caruso, *op. cit.,* 327.

2. *Il controllo analogo tra concezione giurisprudenziale e definizione normativa*

Nell'accingersi ad affrontare le questioni prospettate nel precedente paragrafo, non si può prescindere da un preliminare esame della fattispecie del controllo analogo, il quale, nella versione consolidata presso la giurisprudenza comunitaria e nazionale, si presenta come un "*quid pluris*" rispetto al mero controllo societario, che si differenzia rispetto ad esso per una maggiore effettività ed incisività dell'influenza esercitata dal socio (pubblico) sulle scelte più rilevanti per la società partecipata (di regola in via totalitaria)[10].

Tale configurazione discenderebbe dalla più tradizionale visione della società *in house* quale entità priva di una propria autonomia ontologica, teleologica (e secondo le tesi più estreme addirittura patrimoniale[11]), come riecheggia in un consolidato orientamento della giurisprudenza interna, secondo cui la società *in house* avrebbe della società solo la forma esteriore, costituendo "un'articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione" da cui promana (ovvero un mero "ufficio interno" della stessa) e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo[12].

Il rapporto tra ente affidante e società affidataria implicherebbe, perciò, l'esercizio di un'influenza dominante dell'uno sull'altra anche attraverso l'utilizzo di strumenti derogatori rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento delle

---

[10] Come non ha mancato di rilevare una nota pronuncia delle Sezioni unite, il controllo analogo si caratterizzerebbe per un' "anomalia" rispetto al comune diritto societario, che la distinguerebbe dall'influenza dominante di cui all'art. 2359 c.c., trattandosi di "un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti e alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale": Cass. civ, Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 4.2, cit. La giurisprudenza amministrativa sottolinea come ai fini dell'*in house* non sia tanto rilevante la presenza del controllo totalitario, quanto, piuttosto, la sussistenza di disposizioni che assicurino all'ente pubblico il ruolo di *dominus*: si vedano, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181, in www.iusexplorer.it, che ha ritenuto insussistenti i requisiti del controllo analogo esercitato dalla Regione Puglia nei confronti della società affidataria, in quanto dalle norme statutarie non è stato possibile evincere controlli di tipo gerarchico come quelli che giustificano l'affidamento *in house*; T.A.R. Brescia (Lombardia), sez. II, 23 settembre 2013, n. 780, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2013, 2695; e anche T.A.R. Milano (Lombardia), 22 marzo 2012, n. 892, ivi, 2012, 693.

[11] Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 4.3., cit.

[12] Tra le ultime pronunce in tal senso, Cass. civ., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in *Dir. & Giust.,* 15 marzo 2016; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Giur.it.,* 2015, 1976, spec. punto 14; Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643, in *Foro amm.,* 2015, 3101; Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2515, in *Foro amm.,* 2015, 1437; Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46, punto 5, in *Foro it. C.D.S.,*2013, 2285; T.A.R. Roma (Lazio), sez. II, 17 giugno 2016, n. 7032, punto 1, in *Foro amm.,* 2016, 1589.

società di capitali, in modo da rendere il legame partecipativo assimilabile ad una relazione interorganica[13].

In quest'ottica, come precisa un costante insegnamento della giurisprudenza comunitaria, il controllo analogo deve essere «effettivo, strutturale e funzionale»[14], nonché, talmente penetrante da risultare incompatibile con «ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma» dall'organo amministrativo[15]. Di conseguenza, esso non sarebbe configurabile in presenza di una previsione statutaria che riservi agli amministratori la «facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale»[16].

La stessa giurisprudenza interna, a sua volta, precisa come la fattispecie del controllo analogo presupponga che, da un lato, il consiglio di amministrazione della società non abbia «rilevanti poteri gestionali» e, dall'altro, l'ente pubblico controllante sia in grado di esercitare «poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale»[17].

---

[13] Così, Cons. St., sez. V, 29 maggio 2017, n. 2533, in *Foro amm.,* 2017, 1046. A tale proposito la Corte di Giustizia aveva avvertito già nella sentenza cd. Teckal, (Corte Giust. UE, sez. V, 18 novembre 1999, in causa C-107/98 *Teckal* s.r.l. contro Comune di Aviano, in *Racc.,* 1999, I-8121), che deve trattarsi di «un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione coordinamento e supervisione… che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione»; tale conclusione è stata ribadita anche nella sentenza Corte Giust. UE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, punto 49 (in *Giorn. dir. amm.,* 2005, 271 ss); Corte Giust. UE, I, 13 ottobre 2005, C-458/03 in *Giur.comm*., 2006, II, 777 ss., con nota di I. Demuro, *La compatibilità del diritto societario con il modello* in house providing *per la gestione dei servizi pubblici locali*.

[14] Corte Giust. UE, sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13, in *Foro it. C.D.S.,* 2013, 2285.

[15] E si veda in questi termini il Corte Giust. UE, sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, cit.

[16] Corte Giust. UE, I, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, punto 67-68, cit. La Commissione europea in una nota al governo italiano ha precisato come il controllo analogo qualifichi "un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Solo a tali condizioni si può ritenere che fra amministrazione ed aggiudicatario non sussista, agli effetti pratici, un rapporto di terzietà rilevante ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici" (Commissione europea, Costituzione in mora del Governo italiano, 26 giugno 2002 , n. C(2002) 2329, par. 35, in www.dirittodeiservizipubblici.it).

[17] Così, Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.,* 2008, 1119; Cons. St., sez. V, 28 luglio 2015, n. 3716, in *Foro amm.,* 2015, 1972; Cons. St., sez. V, 13 marzo 2014, n. 118, cit.; Cons. St., Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.,* 2011, 365; Cons. St., sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in *Foro amm. CDS,* 2009, 1739;Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Giur.it.,* 2005, 851. Sottolinea la necessità di un rapporto di "subordinazione gerarchica" tra ente pubblico e amministratori della società, Cass.civ., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 4.2., cit.; e, nella giurisprudenza di merito,Trib. Milano, 10 febbraio 2014, in *Soc.,* 2014, 749; Trib. Verona, 7 aprile 2010, *Giur.merito,* 2012, 1347. Si veda anche la Circolare del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio del 6 dicembre 2004 (Affidamento *in House* del servizio idrico integrato), la quale disponeva che «è obbligatorio che l'atto costitutivo e lo statuto prevedano che la società sia dotata di un'autonomia finanziaria e decisionale limitata e preventivamente circoscritta. In particolare le determinazioni concernenti l'amministrazione straordinaria e quelle di determinante rilievo per l'attività sociale, quali il bilancio, la relazione programmatica, l'organigramma, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo ed equivalenti, dovranno essere approvati dagli enti partecipanti alla società. Gli amministratori e il Direttore della s.p.a. saranno nominati direttamente dagli enti locali proprietari».

L'art 2, comma 1, lett. *c),* t.u., a sua volta, recependo una nozione già consolidata presso la giurisprudenza comunitaria, definisce il "controllo analogo" come «la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata»[18].

Con tale definizione, il testo unico si limita quindi ad individuare l'oggetto del controllo analogo, ma non le ulteriori caratteristiche che contraddistinguono lo stesso e, in particolare, la sua intensità, rimettendo così all'interprete il non facile compito di coordinare la fattispecie normativa con quella giurisprudenziale[19].

3. *Il controllo analogo tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe": inquadramento sistematico del fenomeno*

Al fine di meglio delimitare l'ambito del controllo analogo nelle società di capitali e di desumere gli spazi di compatibilità dello stesso con i principi che ne stanno alla base, è necessario partire dai vincoli posti dai criteri direttivi della legge delega, che, assumendo una portata precettiva per tutte le società rientranti nell'ambito di applicazione del testo unico, rappresentano, perciò, necessariamente la cornice entro cui riportare la lettura del fenomeno dell'*in house providing.*

Punto di partenza imprescindibile di tale analisi è il principio di cd. "proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica" di cui all'art. 18, comma 1, lett. *a),* legge delega, il quale – secondo quella che sembrerebbe l'interpretazione preferibile, anche per coerenza con il diritto comunitario – dovrebbe essere inteso in una duplice accezione, ovvero, da un lato, che una deroga è ammissibile solo nella misura in cui la sua introduzione sia strettamente strumentale (appunto "proporzionata") alla soddisfazione dell'interesse pubblicistico che la giustifica e, dall'altro lato, che, in presenza di più alternative volte ad assicurare il medesimo risultato, vada prescelta quella che meno si scosta dalla disciplina generale e produce gli effetti meno dirompenti per il sistema[20].

---

[18] In questo senso, Corte Giust. UE, sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, punto 65, cit.; Corte Giust. UE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, punto 28, caso cd. *Coditel Brabant,* in *Racc.,* 2008, I, 8457; Corte Giust. UE, sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, punto 65, in *Giorn.dir.amm.,* 2010, 127.

[19] Il tema è stato di recente affrontato da L. D'Angelo, *La società* in house *quale "elemento normativo della fattispecie" nell'*interpositio legislatoris *sulla giurisdizione contabile recata dal T.U. società partecipate,* in www.giustamm.it, giugno 2018, 1 ss., dove, appunto, dà conto della problematica "convivenza" tra modello legale e modello pretorio di *in house providing.*

[20] Il principio di "proporzionalità" trova, ad esempio, espressione nell'ambito della giurisprudenza in tema di "*golden shares"* (su cui Corte giustizia UE, Grande sezione, 23 ottobre 2007, C-112/05, punto 73, caso cd. *Volkswagen,* in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2008, 1, 383, con nota di F. Goisis, *La natura della società in mano pubblica tra interventi della Corte europea di Giustizia e del legislatore nazionale*); si veda anche l'art. 16, comma 1, lett. *c),* Direttiva 2006/123/ CE (in tema di "*Libera prestazione di servizi*"), che appunto chiarisce la "proporzio-

In tal senso, sembrerebbe deporre anche la giurisprudenza comunitaria in tema di cd. "*golden shares*", che, nell'ottica di realizzare una parità di trattamento tra soci pubblici e soci privati, ha, come noto, ritenuto non conforme al principio di libera circolazione dei capitali tra gli Stati membri l'attribuzione ai primi di poteri sproporzionati e non giustificati da oggettive ragioni di interesse pubblico[21].

Alla luce di tali precisazioni, sembrerebbe allora potersi giungere ad un primo punto fermo nella specificazione dei limiti del controllo analogo, ovvero, quello per cui una soluzione volta a privare significativamente l'organo amministrativo dei suoi poteri decisionali o addirittura a subordinarne le decisioni alla volontà del socio pubblico – come parrebbe discendere dall'impostazione giurisprudenziale più rigida – oltrepasserebbe la soglia della proporzionalità, disponendo il diritto societario di strumenti meno invasivi (che si vedranno nei prossimi paragrafi) per realizzare il medesimo fine (ovvero, quello di garantire l'esercizio concreto, effettivo e continuativo di quel controllo analogo che la legge si

---

nalità" nel senso che "i requisiti sono tali da garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito e non vanno al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo". Secondo la giurisprudenza europea, il principio di cd. "proporzionalità" è rispettato quando gli atti normativi e amministrativi delle istituzioni europee e quelli statali in esecuzione di obblighi dell'Unione europea o in deroga al diritto eurounitario «non superino i limiti di quanto è opportuno e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa […], fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure idonee, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti» (si vedano, ad esempio, Corte Giust. UE, 15 febbraio 2016, C-601/15, in *Foro it.,* 2016, 565; Corte Giust. UE, 22 gennaio 2013, C-283/11, in *Giur.comm.,* 2014, II 129; Corte Giust. UE, 23 ottobre 2012, C-581/10 e C-629/10, in *Foro it.*, 2013, IV, 101 ; Corte Giust. UE , 9 marzo 2010, proc. riun. C-379/08 e C-380/08, in *Foro it.,* 2010, IV, 557; Corte Giust. UE, 8 luglio 2010, C-343/09, in *Foro amm. CDS,* 2010, 1348). Per maggiori approfondimenti anche sulla prassi applicativa di tale principio da parte della giurisprudenza amministrativa, si veda S. De Nitto, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico,* in *Riv.trim.dir.pubbl.,* 2017, 1035 ss.

[21] Tra le pronunce più significative in materia di "*golden shares"*, si vedano, Corte giustizia UE, Grande sezione, 23 ottobre 2007, C-112/05, cit., secondo cui "L'adozione di una legge da parte di uno Stato membro con la quale si riconoscono diritti speciali di voto e di nomina dei rappresentanti nel Consiglio di sorveglianza di una società è una violazione del principio della libera circolazione dei capitali perché ha l'effetto di dissuadere gli investimenti da parte di azionisti di altri Stati. Spetta poi allo Stato in causa dimostrare che l'adozione di una legge con la quale sono previste misure a vantaggio di autorità pubbliche è giustificata da interessi legittimi, come la tutela dei lavoratori e dei piccoli azionisti, e sia necessaria e proporzionale rispetto all'obiettivo perseguito"; Corte Giust., UE, sez. I, 6 dicembre 2007, in causa C-464/04 (caso cd. *AEM*), in *Giur.comm.*, 2008, II, 576, con nota di I. Demuro, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.* (secondo la pronuncia, tale disposizione, «Fornendo agli azionisti pubblici uno strumento che permette loro di limitare la possibilità degli altri azionisti di partecipare alla società con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli e diretti con quest'ultima, che consentano una partecipazione effettiva alla sua gestione o al suo controllo […] è idonea a dissuadere gli investitori diretti di altri Stati membri dall'investire nel capitale di tale società e costituisce dunque una restrizione dei movimenti di capitali»*);* Corte Giust., UE, sez. III, 26 marzo 2009, C-326/07, ivi, 2009, II, 629 ss., con nota di I. Demuro, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla* golden share; anche Corte Giust. UE, sez. IV, 08 novembre 2012, n. 244, in *Foro amm. CDS,* 2012, 2706; Corte Giust. UE, sez. I, 10 novembre 2011, C-212/09, in *Foro amm.,* 2012, 4, 84; Corte Giust. UE, 8 luglio 2010, C-171/08, in G.U.C.E., 2010 C-234, 4-4, punto 50; Corte Giust. UE, 28 settembre 2006, C-282/04 e C-283/04, in *Racc.*, 2006, I-09141, punto 20.

limita a definire come "influenza determinante sugli obiettivi strategici e le decisioni più significative per la società")[22].

Questa conclusione sembrerebbe avvalorata da un altro principio della legge delega, ovvero, quello *ex* art. 18, comma 1, lett. *l)*, del cd. "operatore di mercato" (in altre sedi definito come "investitore privato"[23]), da intendere come un più generale *standard* di comportamento che il socio pubblico dovrebbe tener presente nell'improntare i rapporti economici con la società partecipata: se letto in combinato disposto con gli artt. 97, comma 1, Cost. (norma dalla quale si ricava una sorta di principio di cd. "super economicità dell'azione amministrativa") e 1, comma 2, t.u. (che impone di applicare le disposizioni del testo unico, tenendo conto – tra l'altro – dei criteri di economicità, efficienza gestionale, tutela e promozione della concorrenza[24]), il criterio del cd. "operatore di mercato" porrebbe, perciò, a carico dell'ente pubblico il dovere di valorizzare, tanto la redditività del proprio investimento societario, quanto la lucratività della stessa società partecipata, anche *in house* (come, ad esempio, confermano, quelle previsioni che correlano ai risultati di gestione realizzati, sia la misura dei compensi degli amministratori, sia la previsione di una giusta causa di revoca nei confronti degli stessi)[25].

---

[22] La stessa previsione di cui all'art. 16, comma 2, lett. *a),* correlando la facoltà di deroga agli artt. 2380-*bis*, 2409-*novies*, c.c., al soddisfacimento di esigenze specifiche («Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1»), sembra connotarsi come disposizione di carattere eccezionale e, in quanto tale, oggetto di interpretazione restrittiva: V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica,* cit., 1073. In questi termini, Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, 2019, con nota di E. Codazzi, *Esercizio del controllo analogo sulle s.p.a. in house e clausole di deroga all'art. 2380-bis, c.c.: una prima pronuncia sull' art. 16, comma 2, lett. a), t.u.*, che, appunto, precisa come le deroghe statutarie siano ammesse "nei limiti del rapporto di strumentalità tra esse e il fine di realizzare il controllo analogo" e, trattandosi di norme che fanno eccezione a regole generali, le stesse «non possono che essere intese in senso restrittivo, come imposto dall'art. 14 disp. prel. c.c.»: da ciò ne conseguirebbe, pertanto, che, con la formula di controllo analogo adottata dal TUSP, «da un lato, si prevede che l'influenza dell'ente pubblico controllante si estrinsechi soltanto a livello della cd. alta amministrazione della società controllata – senza annullare, cioè, l'autonomia gestionale ed esecutiva del suo organo amministrativo – dall'altro, si attribuisce rilevanza all'esercizio effettivo del potere di controllo dell'ente controllante, cioè alla sua direzione gestionale e organizzativa cui la società *in house* è esercitata».

[23] Secondo quanto precisato dalla Comunicazione della Commissione europea sull' "*Applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CE alla partecipazione delle autorità pubbliche ai capitali delle imprese*", in *Boll. CEE*, 1984, n. 9, 93, «non vi è aiuto pubblico quando, in occasione di nuovo capitale in imprese, tale apporto si verifica in circostanze che sarebbero accettabili per un investitore privato operante nelle normali condizioni di economia di mercato» (par. 3.2.).

[24] Stabilisce l'art. 1, comma 2, t.u., che «Le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica». La stessa Relazione illustrativa *sub* art. 6 t.u. (recante i "*Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*") specifica come tale disposizione razionalizzi la *governance* delle società a controllo pubblico, dettando «i principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione di tali società, secondo criteri di economicità, di efficacia e di efficienza».

[25] Sul criterio dell'"operatore di mercato", che rinvierebbe a quella figura, ben nota alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato *ex* art. 107 TFUE, di «investitore privato, operante in normali condizioni di mercato», e sulla sua interpretazione come canone di comportamento per il socio pubblico nei rapporti di natura economica con la partecipata, nonché, come argomento per avvalorare la tesi della lucratività della stessa, si veda F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubbli-*

È allora evidente, alla luce di tali precisazioni, che, in mancanza di deroghe legislative in senso contrario e in presenza, invece, di una sostanziale parificazione della società pubblica a quella privata, sul piano della fattispecie oltre che della disciplina applicabile (arg. *ex* art. 1, comma 3, t.u.), non sarebbe ammissibile – in quanto non coerente con tali principi – un modello di gestione sociale improntato a logiche non compatibili con la prospettiva economica e lucrativa caratterizzante qualsiasi società di capitali: come, infatti, confermano anche le Sezioni unite in una recente pronuncia, il socio pubblico che detiene una quota in una società privata ha «il dovere di fare tutto il possibile affinché tale partecipazione venga indirizzata in vista del maggior risultato possibile»[26].

Si pensi, oltretutto, che, in mancanza di deroghe in senso contrario, il rinvio *ex* art.1, comma 3, t.u., renderebbe applicabili alle società partecipate le disposizioni di cui al capo IX del codice civile in tema di direzione e coordinamento di società, sottoponendo l'ente pubblico che abbia agito in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale alla responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c.[27].

Tale conclusione è confermata dal recente d.lgs., n. 14/2019, in materia di crisi di impresa, che definisce il "gruppo di imprese" come «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato […], sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto» (art. 2, comma 1, lett. *h)*).

Di conseguenza, pare evidente che l'adozione di un modello di *in house providing* fondato sulla drastica compressione dell'autonomia gestionale della società e

---

ca nel nuovo Testo unico sulle partecipate, in questa *Rivista*, 2017, 1 ss., e, da ultimo, Id., *Il Testo unico ,* cit., 14 ss.; per ulteriori riflessioni su tali spunti, nonché, sull'interpretazione del principio di cui all'art. 97, comma 1, Cost., si veda E. Codazzi, *La società* in house, cit., 186 ss., e 194 ss., ove, appunto, si dà conto di disposizioni, che, nel determinare i compensi degli amministratori (art. 11, comma 6, t.u.) o la giusta causa di revoca degli stessi in società pubbliche locali titolari di affidamento diretto (art. 21, comma 3, t.u.), si basano, tra l'altro, sulla produzione di risultati di gestione (negativi).

[26] Come ha ribadito anche una recente pronuncia delle Sezioni unite, «il socio pubblico che detiene una quota del patrimonio di una società privata ha il dovere di fare tutto il possibile affinchè tale partecipazione venga indirizzata in vista del maggior risultato possibile; per cui, se egli omette di compiere quanto è in suo potere in vista di tale obiettivo, in concreto determina la perdita di valore della sua quota di partecipazione all'interno della società, il che si traduce in un danno erariale»: Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17188, par. 5, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Vedi anche Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, par. 4, in www.foroitaliano.it, che sottolinea come solo in presenza di una espressa disposizione legislativa, con specifiche deroghe al codice civile, potrebbe affermarsi «la realizzazione di una struttura organizzata per attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c.», laddove, in mancanza di tale intervento esplicito, il fenomeno resterebbe quello di una «società di diritto comune, nella quale pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che attiene al funzionamento della società convivono».

[27] Diffusamente, E. Codazzi, *La società* in house, cit., 239 ss.; ma *contra* M. Carlizzi, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica,* in Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016,* a cura di G. Guizzi, Milano, 2017, spec. 364 ss.

quindi sulla compromissione della sua vocazione lucrativa sarebbe idonea a configurare una violazione *in re ipsa* dei principi di corretta gestione sopra menzionati[28].

D'altra parte, proprio il rischio di una moltiplicazione di obblighi risarcitori a carico dell'ente pubblico, con le inevitabili conseguenze che ne possono discendere in termini di danno erariale, sembrerebbe avere funzione deterrente rispetto ad un uso distorto dei pubblici poteri sulla gestione della società *in house,* così portando a ridimensionare i poteri del socio pubblico che esercita il controllo analogo.

4. *La configurazione cd. "privatistica" della società* in house

Il tema della configurazione del controllo analogo non può prescindere dalla più generale qualificazione in senso cd. privatistico della società *in house,* ricondotta – ai sensi della più volte citata previsione di cui all'art.1, comma 3, t.u. – alla disciplina codicistica delle società di capitali e quindi, in mancanza di deroghe contrarie da parte del testo unico, alla fattispecie *ex* art. 2247 c.c.[29].

La stessa impostazione pare ulteriormente confermata dalla sottoposizione della società *in house* a fallimento *ex* art. 14, comma 1, t.u., norma che sembrerebbe assumere una rilevanza sistematica più ampia, tanto sotto il profilo della configurazione giuridica della fattispecie (quale società in senso proprio) e della sua natura (privatistica), quanto sulla selezione dei suoi fini (economico-lucrativi) ed interessi rilevanti[30].

Come più approfonditamente esposto in altre sedi (a cui si rinvia[31]), la natura cd. privatistica della società *in house* non pare smentita da altre disposizioni del testo unico, sia perché lo stesso non ha introdotto deroghe esplicite in tal senso,

---

[28] E. Codazzi, *La società* in house, cit., 261 ss.; negli stessi termini, F. Fimmanò, *Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata,* in Aa.Vv., *Le società pubbliche,* a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, vol I, Roma, 2016, 76 s.

[29] Si veda, in particolare, in questo senso, Cass., sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591, cit., ove, appunto, precisa che «Le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società *in house*; sicché il principio generale dettato dal 3° comma dell'art. 1, t.u., è destinato a valere anche per le società *in house*, ove non vi siano specifiche disposizioni di segno diverso».

[30] Sulla qualificazione giuridica della società *in house,* tra i molti, P. Pettiti, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti,* Milano, 2016, spec. 13 ss.; V. Parisio, *Quando la forma non è garanzia della sostanza: procedure fallimentari per la società* in house, *nomina-revoca e responsabilità degli amministratori,* in Aa.Vv., *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione,* Atti del XX Congresso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo, Roma, 27 febbraio-1 marzo 2014, a cura di M.A. Sandulli, L. Vandelli, Napoli, 2016, 313 ss., spec. 317 ss. Sulla rilevanza sistematica dell'art. 14 t.u., E. Codazzi, *La società* in house, cit., 137 ss.; E. Codazzi, F. Goisis, *La crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica,* in Aa.Vv., *Le società pubbliche nel Testo Unico,* a cura di F. Cerioni, Milano, 2017, 395 ss.

[31] Si veda E. Codazzi, *La società* in house, cit., 123 ss., spec. 153 ss.

sia perché, anche qualora si volesse correlare la previsione della giurisdizione contabile *ex* art. 12, comma 2, t.u., alla natura erariale del danno prodotto al patrimonio della società *in house* da parte dei suoi amministratori, ciò non sarebbe sufficiente a dimostrare l'intento legislativo di operare una riqualificazione in senso pubblicistico della fattispecie (e ciò anche perché, come già accennato, le deroghe alla disciplina codicistica *ex* art. 1, comma 3, t.u., dovrebbero essere espresse e non implicitamente ricavabili da altre disposizioni del testo unico, se non, addirittura, del sistema in generale)[32].

Coerentemente con tale lettura, sembrerebbe allora doversi ritenere che anche il controllo analogo vada rivisto in un'ottica di stretta compatibilità con la natura privatistica e societaria del fenomeno, come pare discendere da quella previsione che, al fine precipuo di evitare aggravi alla spesa pubblica derivanti dalla moltiplicazione di organi sociali, vieta di istituire «organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società» (art. 11, comma 9, lett *d)*)[33].

Tale divieto sembrerebbe, infatti, contenerne implicitamente un altro, ovvero, quello volto a precludere all'autonomia privata di fare un uso "atipico" o "anomalo" degli organi sociali previsti invece come tipici dalla disciplina codicistica delle società di capitali[34].

In particolare, se riferita alle società *in house,* tale interpretazione della norma sembrerebbe confermare l'idea che la deroga all'art. 2380-*bis,* c.c., non possa spingersi fino al punto di realizzare un significativo esautoramento dell'organo amministrativo o comunque una rilevante privazione del suo potere di autodeterminazione[35].

---

[32] Sul tema della qualificazione del danno al patrimonio della società *in house,* si vedano C. Ibba, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo Unico,* in questa *Rivista,* 2017, 249 ss.; Id., *La responsabilità,* in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica,* diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 165 ss.; E. Codazzi, *La società* in house, cit., 140 ss., anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

[33] Per questa lettura, si veda anche Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, cit., secondo cui il divieto di cui all'art. 11, comma 9, lett. *d),* t.u., sarebbe riconducibile al principio di cui all'art. 2380-*bis,* c.c., che impedirebbe all'organo amministrativo di "alienare" le funzioni "originarie" di pianificazione, coordinamento, organizzazione e supervisione dell'attività. In tal senso, parrebbe orientata anche L. Picardi, *Strutture e principi di* governance, in Aa.Vv., *La governance nelle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016,* cit., 49; si veda altresì C. Ibba, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *A.G.E.,* 2015, 411.

[34] Una diversa soluzione, del resto, dovrebbe contemplare una deroga (invece non prevista dal testo unico) a quello stesso art. 2380 c.c., che ammette, quale unica alternativa ai sistemi ordinari di amministrazione e controllo, l'introduzione dei modelli dualistico o monistico se lo statuto dispone in tal senso. Ritiene invece possibile l'istituzione per via statutaria di organi sociali atipici, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica ,* cit., 1073, che quindi sembrerebbe non ritenere applicabile alle società *in house* l'art. 11, comma 9, t.u.; si veda F. Luciani, *Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria,* in *Riv. dir. comm.,* 2012, I, 749 ss., che, sia pure prima dell'entrata in vigore del testo unico, riteneva la costituzione di organi "atipici" inammissibile per contrarietà sia ai principi di cui all'art. 2449 c.c. sia all'art. 2380-*bis*, c.c.

[35] C. Ibba, *Introduzione ,*in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica,* diretto da C. Ibba, I.Demuro, Bologna, 2018, 14, il quale osserva come l'inapplicabilità di tale norma potrebbe discendere solo da un'incompatibilità con lo statuto della società *in house,* che, in tal caso, non parrebbe sussistere.

Come, infatti, precisa recente giurisprudenza di merito, il fine di realizzare il controllo analogo non può giustificare la completa deroga ad una norma tipologica della s.p.a., quale l'art. 2380-*bis,* c.c. (dovendosi, perciò, ritenere inammissibile una clausola volta a limitare la competenza dell'organo amministrativo alla sola ordinaria amministrazione)[36].

Pertanto, alla luce del principio di cd. "proporzionalità delle deroghe", nonché degli ulteriori spunti provenienti dal testo unico e dalla generale disciplina societaria, l'unica versione ammissibile della clausola di deroga *ex* art. 16, comma 2, lett. *a),* parrebbe quella volta, da un lato, a non privare completamente l'organo amministrativo della propria autonomia decisionale e, dall'altro, a conseguentemente ammettere il sorgere di una competenza cd. "concorrente" tra socio pubblico e amministratori su quelle materie specificamente rientranti nell'area di pertinenza del controllo analogo (soluzione, del resto, coerente con la stessa nozione di "influenza determinante", la quale sembra richiamare più una situazione di "eterodirezione strategica" della società controllata, che di «asservimento totale della controllata e degli organi della stessa, tale da annullarne ogni autonomia»)[37].

Se il timore paventato dalla giurisprudenza europea (e di conseguenza da quella interna), nel momento in cui estremizza la limitazione dei poteri decisionali degli amministratori, è quella che il riconoscimento di margini di autonomia in capo agli stessi possa rendere precario il controllo analogo dell'ente pubblico, tale rischio verrebbe ridimensionato in presenza di una puntuale regolamentazione statutaria dell'assetto organizzativo della società *in house,* come dimostra anche la prassi di altri ordinamenti[38].

---

[36] Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, cit.

[37] Precisa C. Ibba, *Introduzione,* cit., 14, come la stessa nozione di "influenza determinante" postula (non già la sostituzione nel ruolo di decisore, bensì) la possibilità di condizionare decisioni (che sono e restano altrui), non richiedendo, invece, l'istituzione di organi sociali (extrasociali) atipici dotati di poteri che si sovrappongono a quelli dell'organo amministrativo. Tale interpretazione sarebbe per l'A. anche quella più coerente rispetto al principio di "proporzionalità delle deroghe" cui deve rifarsi necessariamente la disciplina del testo unico. In questo senso, Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, che, appunto, accosta il controllo analogo alla direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.

[38] Di notevole interesse a riguardo sembrerebbe l'esame della prassi statutaria francese in tema di società *in house,* che appunto contempla clausole volte a definire oggetto, limiti e modalità di esercizio del controllo analogo da parte degli enti territoriali. Raccomanda l'introduzione di una specifica clausola volta a regolare il controllo analogo e ad assicurarne l'effettività, Observatoire social territorial, *La gestion consolidée des collectivités locales: le pilotage stratégique des satellites face aux nouveaux enjeux de management territorial*, giugno 2015, 37. Si vedano le esemplificazioni a tal riguardo contenute in Fédèration des Entreprises Publiques Locales*, Spl et contrôle analogue, modalités pratiques su* in house, ottobre 2013, spec. 15 s. e appendice, specificando in apertura come l'oggetto del regolamento sia quello di definire le modalità di controllo degli enti territoriali «*en matière d'orientations stratégiques de la société, en matière de gouvernance et de vie sociale, en matière d'activités opérationnelles*».

5. *L'esercizio del controllo analogo nella s.p.a.* in house *tramite deroga all'art. 2380-bis, c.c.*

Le considerazioni sinora precisate costituiscono premessa necessaria, al fine di chiarire le modalità attraverso cui il controllo analogo può essere legittimamente esercitato sulle società di capitali ai sensi dell'art. 16, comma 2, t.u.

Sebbene la previsione di cui alla lett. *a)* attribuisca agli statuti delle s.p.a. una mera facoltà di deroga all'art. 2380-*bis,* c.c., la realizzazione dell'assetto organizzativo tipico dell'*in house providing* richiederebbe l'assegnazione al socio pubblico di "poteri superiori" a quelli consentiti dal diritto societario generale[39].

A tal fine, si rende necessario adottare un modello organizzativo fondato sulla stretta cooperazione tra organo amministrativo e organo assembleare, che operi secondo modalità atte ad assicurare l'esercizio concreto, protratto e stabile del controllo analogo sulla società: una possibile modalità per ottenere tale risultato potrebbe essere quella di determinare – attraverso la deroga all'art. 2380-*bis,* c.c. – una sorta di "reviviscenza" di quell'art. 2364, comma 1, n. 4, che, prima della riforma societaria, consentiva di attribuire, in virtù di specifica previsione dello statuto in tal senso, una competenza cd. "gestoria" all'assemblea su materie ivi determinate[40].

---

[39] In tal senso, le stesse Linee guida dell'Anac prevedono che l'Autorità, al fine di accertare la sussistenza del controllo analogo, debba valutare la presenza di "poteri di controllo ed di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, previsti in specifiche disposizioni dell'atto costitutivo, dello statuto o di appositi patti parasociali" e che, in caso di mancanza di tali requisiti, non si potrà procedere all'affidamento diretto nei confronti dell'organismo partecipato (Anac, deliberazione 15 febbraio 2017, n. 235, Linee guida di attuazione, n. 7, artt. 6 e 8). La stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nel parere espresso sulla previsione di cui all'art. 16, comma 2, lett. *a),* ha manifestato, infatti, perplessità nei confronti di una norma che stabilisce una "mera facoltà di deroga al principio di cui all'art. 2380-bis c.c." da parte degli statuti societari, " in quanto il mancato esercizio di tale potere manterrebbe ferma la riserva di gestione in capo agli amministratori in contrasto con la caratterizzazione delle modalità di funzionamento del controllo analogo" (Cons. St., Ad. Comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968, par. 14, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, anche Cons. St., Ad Comm. spec., 8 marzo 2017, n. 638, in *Foro amm.,* 2017, 594, *sub* art. 16, che appunto sottolinea come "in assenza delle modifiche statutarie adottate in deroga all'art. 2380-*bis* non sarebbe possibile disporre affidamenti in house in favore di società per azioni, perché non potrebbe concretizzarsi il requisito del controllo analogo").

[40] In realtà, l'ampia dottrina che maggiormente ha approfondito il rapporto tra assemblea e amministratori alla luce del previgente art. 2364 c.c. era riconducibile sostanzialmente ad un duplice orientamento, a seconda che si ritenesse la competenza degli amministratori in materia gestoria esclusiva (e quindi le direttive dell'assemblea) di carattere non vincolante (ad esempio, F. Galgano, *La società per azioni,* in *Trattato di diritto privato e diritto pubblico dell'economia,* diretto da F. Galgano, Padova, 1988, 200 ss.; V. Calandra Buonaura, *Gestione dell'impresa, e competenze dell'assemblea nella società per azioni,* Milano, 1985, 311 ss.; F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni,* Milano, 1985, 5 ss.), ovvero, che si reputasse possibile per l'assemblea emanare delle direttive vincolanti, pur non riconoscendosi un dovere incondizionato da parte degli amministratori di attenersi alle istruzioni dell'assemblea e di darvi esecuzione (così, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società,* Torino, 1999, 344 ss., testo e note, spec. 347 s.). Non sembrerebbe, invece, compatibile con le esigenze del controllo analogo la mera attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare *ex* art. 2364, comma 1, n. 5, sulle "autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori" (non essendo l'autorizzazione vincolante per questi ultimi): si vedano, però, F. Fimmanò, V. Occorsio, *Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma"corretta",* in *Not.,* 2017, 390, i quali ipotizzano di

Una tale interpretazione consentirebbe, infatti, di riportare l'esercizio dell'influenza determinante di cui all'art. 2, comma 1, lett. *c),* t.u., alla fisiologia degli ordinari rapporti tra organi sociali, imponendo, perciò, al socio pubblico (che detiene la partecipazione totalitaria o quasi) di assumere le decisioni più significative per la società e quelle volte ad incidere su obiettivi strategici per la stessa nel quadro di un più ampio procedimento assembleare, con il vantaggio di rendere le relative delibere trasparenti, nonché impugnabili da parte di eventuali soci privati presenti all'interno della compagine sociale[41].

La società (con delibera motivata *ex* art. 11, comma 3, t.u.) potrebbe, inoltre, optare per un sistema dualistico di amministrazione e controllo[42].

In tal caso, pare che organo deputato a deliberare sulle decisioni oggetto del controllo analogo sia il consiglio di sorveglianza, non solo in quanto nominato dall'assemblea (e quindi dal socio pubblico che controlla la società in modo totalitario o quasi), ma anche perché la stessa legge *ex* art. 2409-*terdecies*, c.c., ferma restando la responsabilità dei membri del consiglio di gestione, consente di attribuirgli statutariamente l'approvazione di operazioni strategiche, piani industriali

---

riservare alla competenza dell'assemblea l'autorizzazione preventiva sulle decisioni di particolare significatività o aventi ad oggetto l'approvazione degli indirizzi strategici. La spontanea sottoposizione all'assemblea, da parte degli amministratori, di particolari argomenti, pur ritenuto possibile da una parte della dottrina anche a seguito della nuova formulazione dell'art. 2364, comma 1, c.c., sembrerebbe però non garantire – proprio in quanto frutto di una mera facoltà – il coinvolgimento necessario dei soci su materie oggetto del controllo analogo: in merito alla possibilità di utilizzare tale facoltà, da parte degli amministratori, si vedano, in particolare, P. Abbadessa, *La competenza assembleare in materia di gestione della s.p.a.: dal codice alla riforma,* in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società.* Liber amicorum *Antonio Piras,* Torino, 2011, 21; P. Abbadessa-Mirone, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.,* in *Riv.soc.,* 2010, 288; G. Rescio, *L'assemblea e le decisioni dei soci,* in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari,* Milano, 2003, 96; M. Maugeri, *Le deliberazioni assembleari "consultive" nella società per azioni,* in Aa.Vv., *Società, banche e crisi d'impresa,* Liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, vol. 1, 842 s.; ma, per uno spunto in senso contrario a tale ipotesi, si veda la Relazione al d.lgs. n. 6/2003 (in *Riv.soc.,* 2003, 122 s.) («gli amministratori non possono, di propria iniziativa, sottoporre all'assemblea operazioni attinenti alla gestione sociale […]»).

[41] Ritiene che nell'ambito delle s.p.a. il legislatore abbia inteso rispettare la normale dialettica tra organi, M. Castellano, *Società* in house: *controllo analogo e strumenti di attuazione,* in Aa.Vv., *Le "nuove" società partecipate e in house providing,* Milano, 2017, 90; sul tema, più in generale, C. Ibba, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica,* in *Riv. soc.,* 2015, 95 ss.

[42] Se, come esplicita il legislatore, tale modello, attuando una traslazione di competenze dall'assemblea ad un organo professionale e responsabile, quale il consiglio di sorveglianza, risulterebbe il modello maggiormente idoneo a realizzare una dissociazione tra "proprietà" dei soci e "potere" degli organi sociali (*Relazione illustrativa,* § 6, I), tale scelta, nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, avrebbe il vantaggio di «ridurre l'impatto sulla struttura societaria di decisioni extra-sociali provenienti dall'azionista pubblico» (così, A. Guaccero, *Alcuni spunti in tema di* governance *delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv soc.*, 2004, 860 s.; diffusamente in argomento, C. Ibba, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica,* in *Riv. dir. civ.,* 2008, I, 571 ss.; da ultimo sul tema, anche con riferimento ai possibili utilizzi del sistema monistico, L. Picardi, in Aa.Vv., *Strutture e principi di governance,* Milano, 2017, 19 ss., spec. 38 ss.).

e finanziari predisposti da quest'ultimo (materie che costituiscono proprio il fulcro dell'influenza determinante su cui si fonda il controllo analogo)[43].

Stante l'attribuzione di compiti di indirizzo strategico al consiglio di sorveglianza e mancando una previsione che, analogamente a quanto previsto dall'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., attribuisca all'assemblea ordinaria un potere di autorizzazione su atti di gestione, si tende a ritenere quest'ultima opzione non proponibile nell'ambito del sistema dualistico[44].

Se così fosse, nulla sembrerebbe però impedire che una tale soluzione (ovvero quella volta ad attribuire all'assemblea delle competenze decisionali sulle materie oggetto del controllo analogo) possa essere legittimamente introdotta in via statutaria, proprio in termini di deroga ai sensi dell'art. 16, comma 1, lett. *a),* t.u. (ipotesi che potrebbe avere il vantaggio, ad esempio, di limitare le responsabilità, che, di conseguenza, graverebbero sul consiglio di sorveglianza e non anche, invece, sui componenti dell'assemblea, in quanto considerato organo "irresponsabile"[45]).

Neppure si potrebbe escludere, inoltre, che il controllo analogo possa realizzarsi attraverso poteri esercitabili dal socio pubblico in sede extra-assembleare (ad esempio, tramite diritti di veto e/o voto sulle decisioni di carattere strategico o di rilevanza significativa per la società[46]), soluzione già prevista dall'art. 2449 c.c. per quanto riguarda i diritti di nomina e di revoca dei rappresentanti degli enti pubblici negli organi sociali e che troverebbe, comunque, un limite in quel principio di "proporzionalità" (dei poteri e delle deroghe) già segnalato[47].

A tal proposito, il legislatore *ex* art. 16, comma 2, lett. *c)*, t.u., ha stabilito che "in ogni caso" i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali (senza peraltro chiari-

---

[43] In tal senso, C. Ibba, *Sistema dualistico,* cit., 582 s.; G. Buta, *Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 2017, 516; N. Abriani, *Le società a partecipazione pubblica nell'osmosi tra diritto societario e diritto amministrativo: assetti proprietari, modelli di* governance, *operazioni straordinarie,* in *Studi in onore di Umberto Belviso,* vol. I, Napoli, 2011, 210; D.U. Santosuosso, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici,* in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica,* a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 140. La versione introdotta dal decreto correttivo ha eliminato, invece, la disposizione che attribuiva al consiglio di sorveglianza *ex lege* (e quindi in assenza di una previsione statutaria in tal senso) quei compiti di cd. "alta amministrazione", che l'art. 2409-*terdecies,* comma 1, lett. *f-bis),* c.c., demanda all'autonomia statutaria.

[44] Così, in particolare, M. Maugeri, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nelle s.p.a.,* in *Riv. soc.,* 2013, 336 ss., ivi, 385 ss.; in tal senso, anche V. Cariello, *Il sistema dualistico,* Torino, 2012, 209; L. Schiuma, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione,* in Aa.Vv., *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso,* diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, vol. 2, Torino, 2006, 730, nota 128.

[45] Per una revisione della tesi che considera l'assemblea quale organo "irresponsabile", si veda F. Guerrera, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali,* Torino, 2004, *passim.*

[46] Vedi R. Occhilupo, G. Roma, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governance,* in *A.G.E.,* 2015, 508, che segnalano la diffusione nella prassi di simili clausole.

[47] Così, anche C. Pecoraro, *Le società* in house: *profili societari,* in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica,* diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 213 ss.

re se, analogamente all'ipotesi di cui alla lett. *a),* sia necessaria o meno una deroga all'art. 2380-*bis,* c.c.); la stessa norma precisa, inoltre, che la durata quinquiennale di cui all'art. 2341-*bis,* c.c., può essere derogata al fine di renderla compatibile con quella anche maggiore dell'*in house providing*[48].

Indipendentemente dalla fonte (statutaria o parasociale) da cui promana il controllo analogo, pare che le premesse svolte nelle precedenti pagine portino a concludere che gli amministratori saranno tenuti ad attuare gli indirizzi generali dettati dai soci pubblici che lo esercitano, ma conserveranno, entro tale quadro, la libertà di decidere come attuarli e, soprattutto, la responsabilità che ne può conseguire.

A favore di tale ricostruzione, si pone, infatti, anche il sistema delle responsabilità (di certo a loro volta non derogabili[49]) di cui agli artt. 2364, comma 1, n. 5, e art. 2409-*terdecies,* c.c., che, appunto, mantengono ferma la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti anche in presenza di legittime interferenze da parte dell'assemblea e del consiglio di sorveglianza, nonché – si può ritenere – degli stessi soci (di controllo)[50].

E ciò a differenza di altri ordinamenti stranieri, quale quello spagnolo o francese, ove la legge consente al socio pubblico di emanare direttive vincolanti nei confronti degli amministratori, ma, nel contempo, ne prevede l'esonero dalle conseguenti responsabilità[51].

---

[48] Senza in questa sede approfondire i possibili utilizzi del patto parasociale fonte di controllo analogo (verosimilmente, un sindacato di cd. gestione) e il significato della previsione *sub c)* (essendo, infatti, dubbio, sulla base del tenore letterale della norma, se tra i "requisiti del controllo analogo" debba ritenersi compresa anche la deroga all'art. 2380-*bis,* c.c., ovvero, ci sia un mero rinvio alla definizione di influenza determinante di cui all'art. 2, comma 1, lett. *c),* t.u.: si vedano sul punto, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica,* cit., 1075; C. Ibba, *Introduzione,* cit., 10 s.), pare però potersi affermare con certezza, sulla base dei principi esaminati nei precedenti paragrafi, che neanche tale strumento possa consentire di scardinare gli ordinari assetti di competenze tra organi sociali e privare gli amministratori di significativi ambiti di autonomia decisionale (per una sintetica esposizione delle problematiche, E. Codazzi, *La società* in house, cit., 225 ss.).

[49] Così anche Cons. Stato, Ad. Comm. spec., 8 marzo 2017, n. 638, cit.,*sub* art. 16.

[50] In tal senso, con riferimento al quadro normativo vigente, chiarendo che gli amministratori restano responsabili dell'intera gestione anche qualora lo statuto attribuisca all'assemblea la facoltà di cui all'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., G.B. Portale, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione,* in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario, Liber amicorum Gianfranco Campobasso,* Torino, 2006, vol. 2, 10 s.; C.A. Busi, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata,* Padova, 2008, 113 ss.; V. Pinto, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni,* in *Riv. dir. impresa,* 2004, 443. Più generale, sulla necessaria compartecipazione dell'organo amministrativo nelle ipotesi di responsabilità da eterodirezione, si rinvia anche per più completi riferimenti bibliografici a E. Codazzi, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali tra "atti" e "attività", L'ingerenza nella gestione delle società di capitali tra "atti" e "attività", Profili in tema di responsabilità,* Milano, 2012, spec. 37 ss.

[51] La legge francese sulle "*sociétés publiques locales"* ("SPL"), da un lato, consente alle entità territoriali o a loro raggruppamenti di decidere sulle materie rientranti nel concetto di influenza determinante (nonché su un'ulteriore serie di decisioni di carattere gestionale), ma, dall'altro lato, precisa come le stesse siano responsabili delle relative decisioni, con conseguente esonero da responsabilità degli amministratori che le hanno eseguite (Art. L 1524-5, *Code général des collectivités territoriales*)). Si veda anche la legislazone spagnola sulle "*sociedades mercantiles estatales*" (*Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas-LPAP*), a proposito delle

Tali esempi sembrerebbero, pertanto, rafforzare l'idea che un'assoluta privazione dell'autonomia decisionale degli amministratori, in assenza di un ripensamento complessivo della disciplina delle società di capitali utilizzate a fini *in house*, non sia concepibile nel nostro ordinamento[52].

In altri termini, se il legislatore avesse inteso legittimare la "strumentalizzazione" della società *in house* e del suo organo amministrativo alla volontà dell'ente pubblico che su di esso esercita il controllo analogo, sarebbe intervenuto in modo più ampio e radicale, precisando doveri e responsabilità dell'uno e dell'altro, invece, che limitarsi a prospettare una facoltà di deroga dell'art. 2380-*bis,* senza neppure fornire le esatte coordinate entro cui la stessa è reputata ammissibile.

Risulterebbe, perciò, incompatibile con l'attuale disciplina societaria un modello di *governance* che preveda una "espropriazione" della competenza decisionale da parte degli amministratori su atti per i quali gli stessi sarebbero comunque chiamati rispondere[53].

6. *L'esercizio del controllo analogo nella s.r.l. in house e i "particolari" diritti amministrativi*

Considerazioni non dissimili, pur con le varianti imposte dai rispettivi modelli di disciplina, valgono per la s.r.l., la cui normativa di riferimento, come noto, si caratterizza per la "centralità della persona del socio" e per la concessione, da parte della legge, di spazi di autonomia statutaria talmente ampi da consentire di conformare l'organizzazione interna in senso "capitalistico" o "personalistico"[54].

---

quali, nell'ipotesi di partecipazione statale totalitaria, si prevede, da un lato, che il *Ministerio de Hacienda* decida o autorizzi particolari atti concernenti la gestione della società partecipata (es. in materia di indirizzi strategici, operazioni di carattere straordinario e nelle altre ipotesi previste dall' art. 169), emanando direttive vincolanti nei confronti degli amministratori sia in casi specifici (art. 170, comma 3), che in casi eccezionali, se debitamente motivati e giustificati da un particolare interesse pubblico (art. 178, comma 1), ma, dall'altro lato, prevede un esonero per gli amministratori da ogni conseguente responsabilità (art. 179).

[52] Sulla lesione del naturale parallelismo tra potere e responsabilità, che si verrebbe a creare attribuendo all'assemblea poteri di straordinaria amministrazione, si veda il già più volte citato Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, cit.

[53] Lo stesso art. 11, comma 1, t.u., inoltre, ponendo tra i requisiti richiesti in capo agli amministratori di società a controllo pubblico quello dell' "autonomia", sembrerebbe, a sua volta, sottintendere che, nonostante la soggezione al potere di direttiva dell'ente pubblico, l'organo amministrativo deve avere la possibilità di disporre di reali margini di autonomia nelle proprie scelte, per le quali resta ferma la correlativa responsabilità: così, anche D. Centrone, *L'affidamento di appalti e concessioni a società controllate da enti locali alla luce del nuovo codice dei contratti (d.lgs., n. 50/2016) e del testo unico sulle società partecipate (d.lgs. n. 175/175/2016),* relazione tenuta al Convegno "*Il nuovo testo unico sulle società pubbliche*", Milano, 14 novembre, 2016, in www.rivistacortedeiconti.it. 4.

[54] Sulla "centralità" del socio nella riforma societaria, per tutti G. Zanarone, *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma,* in Aa.Vv., *Scritti giuridici per G. Rossi,* vol. I, Milano, 2002, 119; Id., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata,* in *Riv. soc.,* 2003, 58.

Proprio per tali caratteristiche la disciplina della s.r.l. è stata considerata particolarmente rispondente alle esigenze proprie dell'*in house,* tanto è vero che in questa sede il legislatore non ha ritenuto necessario introdurre delle specifiche deroghe all'autonomia statutaria dell'organo amministrativo, probabilmente ritenendo già sufficienti le opzioni presenti a livello codicistico al fine di consentire ai soci di esprimere la propria influenza sulla gestione sociale[55].

Il testo unico, nell'indicare gli strumenti utilizzabili per realizzare l'assetto della società *in house,* stabilisce *ex* art. 16 comma 2, lett. *b)*, che gli statuti delle s.r.l. possano prevedere «l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti ai sensi dell'art. 2468, terzo comma, del codice civile»[56].

Se, in virtù di tale disposizione codicistica, i soci possono essere assegnatari di "particolari diritti" in sede di distribuzione degli utili o di amministrazione della società (il che si può tradurre, ad esempio, nella facoltà di designare uno o più amministratori – anche al di là di quel criterio di proporzionalità previsto per la s.p.a. *ex* art. 2449, comma 1, c.c. – nonché, nel diritto di voto o di veto su particolari operazioni e/o decisioni dell'organo amministrativo[57]), la previsione del testo unico *sub* lett. *b)*, anche alla luce della sua collocazione sistematica, sembra concepire l'utilizzo del "particolare" diritto in chiave meramente strumentale all'esercizio del controllo analogo, perciò nel senso di realizzare un'influenza determinante sulle decisioni strategiche o significative per la società (non pare casuale, infatti, che la norma abbia previsto tale possibilità a favore dei soli soci pubblici e non anche di eventuali soci privati, scelta che non sembrerebbe giustificabile solo in base alla presenza normale degli uni e meramente eventuale degli altri)[58].

La previsione di "particolari" diritti amministrativi da parte del testo unico non esclude la possibilità di ricorrere ad altre opzioni statutarie al fine di assicurare l'influenza determinante sulle decisioni strategiche e/o più significative per la società.

---

[55] Si veda in particolare, M. Cossu, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica,* in *Giur. comm.,* 2008, I, 627 ss.; sull'idoneità della disciplina della s.r.l. a realizzare le esigenze delle società a partecipazione pubblica, in particolare, C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario,* in *Riv. soc.,* 2005, 1 ss.

[56] Si vedano, in particolare, C. Ibba, *Società pubbliche e riforma,* cit., 17; M. Cossu, *L'amministrazione,* cit., 649 ss.; S. Monzani, *Controllo "analogo" e* governance *societario nell'affidamento diretto di servizi pubblici locali,* Milano, 2009, 245. Considera inutile tale previsione, in quanto già consentita dalla disciplina generale della s.r.l., P. Pettiti, *Gestione e autonomia,* cit., 46; ipotizza, invece, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica,* cit., 1074 s., che tale previsione abbia il significato di consentire l'introduzione di "particolari" diritti diversi rispetto a quelli di cui all'art. 2468, comma 3, c.c., assoggettandoli alla medesima disciplina.

[57] In argomento, si veda per tutti, R. Santagata, *I diritti particolari dei soci*, in *S.r.l.,* Commentario, dedicato a G.B. Portale, Milano, 2011, *sub* art. 2468, 284 ss

[58] In tal modo, il "particolare" diritto che attribuisse al socio pubblico la nomina della maggioranza o della totalità degli amministratori, così come la possibilità di influenzare in modo sistematico la gestione, rileverebbe, quale direzione e coordinamento, *ex* art. 2497-*septies,* c.c., con l'applicazione della relativa disciplina (il tema è approfondito da R. Santagata, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali,* in Aa.Vv., *Il nuovo diritto delle società,* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso,* diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Torino, 2007, vol. 3, 826 ss.).

Si pensi, in particolare, all'art. 2479, comma 1, c.c., che attribuendo ai soci la facoltà di decidere «sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo», nonché «sugli argomenti che uno o più amministratori» (o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale) «sottopongono alla loro approvazione», consentirebbe loro di intervenire su specifiche operazioni o su piani strategici generali, così come di emanare direttive in merito alla conduzione dell'impresa, e, perciò, anche di influenzare in modo determinante le materie oggetto di controllo analogo[59].

Coerente con l'esigenza di effettività del controllo analogo sarebbe il carattere vincolante delle direttive che i soci – come si tende a ritenere – possono emanare nei confronti degli amministratori, obbligati, pertanto, a darvi esecuzione, salvo il caso in cui ciò li possa esporre, per la loro prevedibile rischiosità, ad obblighi risarcitori nei confronti dei creditori, dei terzi o della stessa società[60].

Alla luce di tali precisazioni, si rende, pertanto, necessario stabilire, anche nell'ambito della s.r.l., quali possano essere i limiti dell'estensione ai soci di competenze amministrative, dovendosi, infatti, ritenere che, per quanto tale tipo sociale possa essere dotato di una certa flessibilità organizzativa, esso è pur sempre vincolato al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, sia per quanto riguarda quelli già precisati in materia di partecipate, sia per quanto riguarda, invece, quelli che stabiliscono una netta ripartizione di competenze tra gli organi sociali di società di capitali[61].

E ciò anche alla luce del fatto che gli amministratori di s.r.l. rispondono in ogni caso degli atti influenzati da decisioni degli stessi soci e in solido con essi (*arg. ex* art. 2476, comma 7, c.c.)[62].

---

[59] Sul tema, M. Cian, *Le competenze decisorie dei soci,* in Aa.Vv., *Le decisioni dei soci, Le modificazioni dell'atto costitutivo*, Trattato delle società a responsabilità limitata, diretto da C. Ibba, G. Marasà, vol. IV, Padova, 2009, spec. 23 ss..

[60] Per la vincolatività delle direttive dei soci, M. Cian, *ult. op. cit.,* 29, 32 ss.; P. Benazzo, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari,* in *Soc.,* 2003, 1062 ss., *ivi*, 1072 s.; ma vedi O. Cagnasso, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario,* Commentario diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, vol. II, Bologna, 2004, artt. 2474-2475, 1855, che non ritiene possibile per i soci impartire direttive vincolanti nel silenzio dello statuto.

[61] Anche volendo ammettere che, in virtù degli ampi spazi di autonomia statutaria, il potere gestorio possa essere completamente concentrato in capo ai soci, ciò non significherebbe – precisa autorevole dottrina – eliminare l'organo amministrativo, ma solo che a ciascun socio sarebbe attribuita anche la carica di amministratore: così, per tutti, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società,* vol. 2, Torino, 2015, 578 s., nota 58; M. Campobasso, *Il caso della s.r.l. a gestione personalistica. Innesto botanico o prodotto transgenico?,* in *Riv. dir. civ.,* 2012, 74 ss.

[62] Così, V. Meli, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.,* in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario,* Liber amicorum *Gianfranco Campobasso,* diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Torino, vol. 3, 2007, 672 ss.; A. Zanardo, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per* mala gestio *ai soci "cogestori": luci e ombre della disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c.,* in questa *Rivista,* 2009, I, 498 ss , ivi, cit., 515 ss.; F. Briolini, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.,* in *Riv. dir. comm.,* 2008, I, 769 ss., ivi, 789; M. Mozzarelli, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.,* in *Riv. soc.,* 2008, 409 ss., *ivi*, 426, nota 46.

Tali aspetti risultano ancora più rilevanti alla luce del nuovo art. 377, comma 4, del codice sulla crisi di impresa, il quale estende anche alla s.r.l. il principio – introdotto originariamente per la s.p.a. *ex* art. 2380-*bis,* c.c. – secondo cui la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori: l'introduzione di tale norma rende, infatti, necessario riflettere, in un quadro sistematico più ampio (cosa che non può essere fatta nella presente sede), sull'impatto che essa può avere su tutte quelle previsioni che prevedono (*ex* artt. 2468, comma e 2471, comma 1) o presuppongono (*ex* art. 2476, comma 7, c.c.) un'influenza dei soci sulla gestione sociale[63].

In definitiva, l'insieme degli argomenti sopra riportati sembrerebbe escludere che il controllo analogo nella s.r.l. possa essere realizzato privando completamente gli amministratori della propria autonomia decisionale o, addirittura, eliminando l'organo amministrativo, in quanto una simile ipotesi, oltre a comportare un affievolimento della tutela rispetto ad atti di *mala gestio* (non essendo i soci tenuti alla stessa diligenza e professionalità richieste, invece, agli amministratori[64]), avrebbe comunque l'effetto di esporre il socio pubblico a maggiori responsabilità, con conseguenze inevitabili a livello di danno erariale.

Come noto, infatti, proprio nell'ambito della disciplina della s.r.l. il legislatore ha introdotto una specifica previsione di responsabilità, ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c., che potrebbe estendersi anche ai soci pubblici qualora gli stessi abbiano "intenzionalmente deciso o autorizzato" atti dannosi per la società, i soci o i terzi[65]. Laddove, invece, essi agiscano in veste di amministratori, si potrebbe

---

[63] La questione di più ampia portata relativa all'impatto sistematico che l'attribuzione di una competenza esclusiva agli amministratori sulla gestione della s.r.l. può comportare su tutte quelle disposizioni che prevedono la possibilità per i soci di decidere o comunque influenzare atti amministrativi e che giustificano l'introduzione della stessa responsabilità di cui all'art. 2476, comma 7, c.c., esula, come comprensibile, dalla presente trattazione. Si può però sottolineare come, al momento, le opinioni dottrinali che si sono espresse sul punto si suddividano tra coloro che considerano l'art. 377, comma 4, d.lgs., n. 14/2019, fonte di una evidente distonia con il sistema (R. Guidotti, *La governance delle società nel Codice della Crisi di Impresa,* in *Crisi d'Impresa e Insolvenza,* 9 marzo 2019, 1 ss.; Bartalena, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza,* in *Fall.,* 2019, 299) e coloro che, invece, tendono ad un'interpretazione riduttiva dell'espressione "gestione", in tal modo salvaguardando le attribuzioni dei soci di s.r.l. in materia (Atlante, Maltoni, Ruolo, *Il nuovo articolo 2475 c.c. Prima lettura,* Studio n. 58-2019/1 del Consiglio Nazionale del Notariato, spec. 5, ritenendo che si debba distinguere tra "gestione organizzativa", che spetta solo agli amministratori, e "gestione operativa", che può essere invece ripartita tra soci e amministratori).

[64] Vedi sul punto M. Cian, *Le competenze,* cit., spec. 42 ss., che, pur non escludendo, sulla base della genericità del dato normativo, la possibilità di attribuire ai soci l'intera gestione, rileva la necessità, da un lato, di elevare il grado di diligenza e di professionalità richieste agli stessi e, dall'altro, di inserire, in via statutaria, particolari accorgimenti inerenti, ad esempio, l'acquisto o la perdita della qualità di socio, al fine di coniugare «il carattere indissolubile del nesso *status* di socio-prerogative gestorie» con l'esigenza di assicurare l'inaccessibilità a tali prerogative a soggetti inidonei.

[65] Prospetta tale rischio, in particolare, M. De Acutis, *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo: il punto di vista del giuscommercialista,* in Aa.Vv., *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo,* a cura di V. Domenichelli, Padova, 54. Sulla responsabilità di cui all'art. 2476, comma 7, quale fattispecie di concorso tra soci e amministratori, sia consentito rinviare a E. Codazzi, *L'ingerenza,* cit., spec. 147

prospettare, invece, una loro responsabilità in termini di amministratore di fatto, con conseguente sottoposizione alle azioni di cui agli artt. 2393 ss., c.c.[66].

Proprio la preoccupazione di danni al pubblico erario, scaturenti dalle possibili responsabilità da eterogestione nei confronti del socio pubblico e dagli obblighi risarcitori che ne conseguono, sembrerebbero giustificare la predilezione, da parte del legislatore del testo unico, di un modello cd. "capitalistico" di s.r.l. (basato, cioè, sul rispetto dell'ordinaria ripartizione di competenze tra organi sociali), come *pendant* della previsione che, nelle società a controllo pubblico, prevede la nomina obbligatoria dell'organo di controllo *ex* art. 3, comma 2, t.u., e di quella che, ai sensi dell'art. 13 t.u., rende applicabile anche alla s.r.l. il procedimento di cui all'art. 2409 c.c.: una conferma di tale lettura sembrerebbe discendere da disposizioni, quali l'art. 17, comma 4, lett. *b),* secondo cui gli statuti delle s.r.l. miste possono «derogare all'articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci» e che non parrebbe avere altro significato se non quello di evitare che il socio pubblico, per via della sua interferenza nella gestione, si trovi a rispondere dei danni che ne possono derivare[67].

Se nella società *in house,* a differenza della s.r.l. mista, la partecipazione del socio pubblico all'assunzione di decisioni gestionali è inevitabile – in quanto fisiologicamente connessa al controllo analogo – pare che la *ratio* della norma sopra richiamata debba essere comunque tenuta presente anche in questo contesto, onde evitare un uso improprio, da parte dell'ente pubblico, degli strumenti a sua disposizione per esercitare la propria influenza sulla società.

E, in ogni caso, come si è visto, tale interpretazione sarebbe conforme all'evoluzione della disciplina generale della s.r.l. di cui all'art. 2475 c.c., così come modificato dal d.lgs., n. 14/2019.

---

ss.; A. Zanardo, *op. cit.,* 498 ss.; S. Rossi, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.,* in *Giur. comm.,* 2004, I, 1060 ss.; G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata, Il codice civile commentato,* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli, Milano, 2010, *sub* art. 2476, 1122 ss.

[66] Per una distinzione tra la responsabilità da amministrazione di fatto e quella di cui all'art. 2476, comma 7, c.c., sia consentito rinviare a E. Codazzi, *L'ingerenza,* cit., 263 ss.

[67] In tal senso, G. Buta, *op. cit.,* 524; L. Picardi, *Strutture e principi di* governance, cit., 59, o l'art. 11, comma 5, t.u., secondo cui nelle s.r.l. a controllo pubblico "non è consentito, in deroga all'articolo 2475, terzo comma, del codice civile, prevedere che l'amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci" (che sembrerebbe riconducibile, a sua volta, all'esigenza di impedire che l'esercizio di poteri di amministrazione diretta da parte del socio pubblico possa determinarne delle conseguenti responsabilità). Si veda, O. Cuccurullo, in Aa.Vv., *Il testo unico sulle società pubbliche,*diretto da G. Meo, A. Nuzzo, Bari, 2016*, sub* art. 11, 151, secondo cui la norma potrebbe invece alludere alla possibilità di nominare amministratori i medesimi soci pubblici. Sulla derogabilità dell'art. 2479, comma 1, c.c., e sull'opportunità di escludere la facoltà di devoluzione al socio pubblico della decisione su atti amministrativi, già F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata,* in *Riv. dir. civ.,* 2011, 568; C. Ibba, *Società pubbliche e riforma,* cit., 13 ss, spec. 15; *contra*, R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica,* cit., 286 s., nota 117. Sull'inderogabilità in senso limitativo dell'art. 2479, comma 1, in quanto "*elemento tipico del modello s.r.l.*", si esprimeva, invece, il Comitato Triveneto dei Notai, massima I.B. 29, in L. Genghini, P. Simonetti, *Codice delle società commentato con le massime notarili,* Padova, 2013, 269.

In definitiva, proprio il fatto che il testo unico non abbia introdotto delle deroghe alla competenza degli amministratori di s.r.l. sembra confermare l'idea che il legislatore abbia ritenuto sufficienti, ai fini della realizzazione del controllo analogo, le opzioni statutarie già previste dal codice civile in conformità del sistema societario generale e che, in quanto tali, non possono giungere a snaturare il ruolo dell'organo amministrativo, così come concepito nell'ambito dell'organizzazione corporativa delle società di capitali[68].

7. *Conclusioni*

Sulla base delle premesse svolte, è possibile effettuare alcune considerazioni conclusive.

Da un lato, partendo dal presupposto secondo cui il controllo analogo dovrebbe essere riconducibile agli schemi propri del diritto societario e tenere conto dei relativi vincoli di sistema, sembrerebbe che l'unica versione ammissibile di tale figura nel nostro ordinamento sia quella in qualche modo "affievolita" rispetto alla tradizionale concezione di derivazione giurisprudenziale, che la vede come fonte di un rapporto di dipendenza gerarchica della società e i suoi amministratori dall'ente pubblico socio[69].

A fronte di tali considerazioni, viene, perciò, spontaneo chiedersi se una versione di controllo analogo siffatta sia conforme a quei principi del diritto comunitario che solo in presenza di requisiti specifici, oltretutto interpretati in modo restrittivo, ammettono una deroga all'applicazione delle regole sulla concorrenza, quale esito della accertata unità ontologica e funzionale tra società *in house* ed ente pubblico che la controlla[70].

Non a caso, la stessa Anac, in una recente segnalazione, ha, appunto, sottolineato come la disciplina introdotta dal testo unico sollevi alcune incertezze interpretative per quanto riguarda, in particolare, le condizioni di legittimità dell'affidamento *in house* e la definizione del controllo analogo, profili rispetto ai quali l'esigenza di chiarezza del quadro normativo si presenterebbe con «pregnante urgenza»[71].

---

[68] In quest'ultimo senso, anche P. Pettiti, *Gestione e autonomia*, cit., 46.

[69] Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, cit.

[70] Tra le molte in tal senso, Corte Giust. UE, sez. IV, 8 dicembre 2016, causa C-553/15, punto 29, in *Foro amm.,* 2016, 2889; Corte Giust. UE, sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13,punto 23, cit.; Corte Giustizia UE, sez. I, 6 aprile 2006, causa C-410/04, punto 26, in *Foro amm. CDS* 2006, 1109. In tal senso, si veda anche Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, cit.; Cons. St., sez. V., 11 agosto 2010, n. 5620, in *Foro amm. CDS,* 2010, 1507; T.A.R. Roma (Lazio), sez. II, 17 giugno 2016, n. 7032, cit.

[71] Anac, *Atto di segnalazione n. 4 del 29 novembre 2017 , Concernente le società* in house *delle amministrazioni dello Stato e il controllo analogo alla luce dell'art. 9, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175,* in www.dirittodeiservizipubblici.it, che sollevando alcuni dubbi in merito all'applicazione della normativa sull'*in house* alle amministrazioni statali, stante la previsione di cui all'art. 9, comma 1, t.u., che sembrerebbe presupporre un esercizio con-

Del resto, la stessa contraddizione che sta alla base della figura del cd. *in house providing* emerge dallo stesso testo unico, che, se da un lato, vincola l'interprete a ricondurre tale istituto alla disciplina codicistica in materia di società e ai suoi principi *ex* art. 1, comma 3, t.u., dall'altro, però contiene spunti per una diversa lettura.

Basti pensare a tal riguardo che la definizione di controllo analogo congiunto, contenuta nell'art. 2 t.u., richiamando la previsione di cui all'art. 5, comma 5, d.lgs., n. 50/2016, pone tra i requisiti della fattispecie il rispetto della correlazione tra l'interesse della società *in house* e gli interessi delle amministrazioni controllanti, stabilendo che «la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti»[72]: se tale correlazione venisse intesa in senso "forte", ovvero, nel senso di esigere un rapporto di "strumentalità" tra l'interesse della società e quello dei soci pubblici che sulla stessa esercitano il controllo analogo, ne deriverebbe il contestuale riconoscimento da parte del legislatore di un modello di *in house providing* contrapposto a quello cd. "privatistico", in quanto fondato sulla negazione di una autonomia teleologica della società *in house*[73].

Infine, come accennato in apertura del presente scritto, la materia delle società a partecipazione pubblica può essere esaminata sotto un ulteriore profilo, ovvero, quello volto a verificare se ed in che misura le disposizioni di carattere "speciale" che ad esse si riferiscono sono atte ad influenzare il diritto societario generale o comunque ad anticipare tendenze più generali dello stesso sistema: pare, a tal proposito, interessante notare come la spinta verso una connotazione in senso "capitalistico" della s.r.l., che abbiamo visto in alcune disposizioni del testo unico, sia ripresa recentemente dal codice sulla crisi di impresa, ove, appunto, si precisa che anche nella s.r.l. la gestione dell'impresa «spetta esclusivamente agli amministratori» (art. 377, comma 4), in tal modo rendendo necessario un ripensamento anche delle norme del testo unico sulla società *in house* s.r.l.[74].

giunto del controllo analogo da parte dei diversi Ministeri interessati, invita appunto il legislatore a fare chiarezza sul punto. Per un commento, si rinvia a M. Macchia, *Amministrazioni statali e affidamenti* in house, in *Giorn. dir. amm.,* 2018, 286 ss.

[72] Tale previsione a sua volta riproduce la disposizione di cui all'art. 12, par. 3, lett. *c),* della direttiva in materia di appalti e concessioni.

[73] Per ulteriori approfondimenti, in merito a tale inciso e ai suoi riflessi sistematici, sia consentito rinviare a E. Codazzi, *La società* in house, cit., 82 ss. e 91 s.

[74] Interessanti in tale prospettiva sono anche la s.r.l. start up innovativa o la s.r.l. PMI, la cui apertura al mercato determina una modifica della originaria configurazione del tipo, avvicinandola, per alcuni aspetti, al modello azionario: in argomento, si vedano recentemente M. Cian, *S.r.l. PMI, s.r.l., s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Riv. soc.,* 2018, 818 ss.; M. Speranzin, *S.r.l. piccole-medie imprese tra autonomia statutaria e ibridazione dei tipi (con particolare riferimento alle partecipazioni prive del diritto di voto)*, in *Riv. soc.,* 335 ss.

L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing *tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*

Il presente scritto prende in considerazione la fattispecie del controllo analogo, così come configurato a livello giurisprudenziale e normativo, soffermandosi, in particolare, sull'incidenza che esso ha o può avere sugli assetti organizzativi delle società di capitali *in house*. A tal riguardo, si ritiene che l'inquadramento in senso cd. privatistico che il Testo unico ha inteso dare alla società *in house*, così come altri principi stabiliti dalla legge delega, n. 124/2015 (in particolare, quello della "proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica"), impediscano, tanto nelle s.p.a. quanto nelle s.r.l., di recepire quella concezione (più estrema) del controllo analogo, che, rinvenendo un rapporto di strumentalità tra l'ente pubblico che lo esercita e la società che lo subisce, comporterebbe una drastica limitazione dell'autonomia decisionale dell'organo amministrativo, in contrasto con i principi generali del diritto societario.

The organizational structure the in-house companies: some considerations on the in-house providing between the specialities of the discipline and the 'proportionality of the exceptions'

This paper takes into consideration the case of a control which is similar to that which it exercises over its own departments, as configured at the jurisprudential and regulatory level, focusing in particular on the impact it has or may have on the organizational structures of in-house joint-stock companies. In this regard, it is considered how the classification in the so-called private law sense that the Consolidated Law intended to give to in-house companies, as well as other principles established by enabling law No. 124/2015 (in particular, that of the "proportionality of the exceptions as regards private law"), both in the joint-stock company and in limited companies, prevents incorporating the (more extreme) conception of similar control, which, by constituting an instrumental relationship between the public body that exercises it and the company that undergoes it, would entail a drastic limitation of the decision-making autonomy of the administrative body, contrary to the general principles of company law.

Sezione

Seconda parte

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 155-178

Articoli e saggi

Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo

Maurizio Cafagno

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Ambientalismo di mercato. – 3. Economia ecologica. – 4. Pragmatismo. – 5. Analisi economica del diritto ed efficienza: da fine a mezzo.

1. *Introduzione*

Tanto l'analisi economica del diritto, quanto le discipline che l'approccio interdisciplinare collega, singolarmente considerate, si prestano, soprattutto nella materia ambientale, ad una varietà di declinazioni[1].

Storica è la contrapposizione tra la scuola di Chicago e quella di Yale, tra "*economic analysis of law*" e "*law and economics*", secondo la distinzione sulla quale proprio Guido Calabresi insiste, nel suo recente lavoro sulle prospettive future della disciplina[2].

[1] Il presente scritto trae origine da una relazione sull'argomento "*Law and economics*", all'interno di una sessione in tema di "*Environmental regulation*", nel corso dello *U.S. - E.U. Environmental Law Colloquium*, tenutosi a Roma, presso il *Center for American studies*, il 30 maggio 2019.

[2] G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays In Reform And Recollection*, Yale University Press, 2016; per una prima rassegna di opere di respiro generale, sull'analisi economica del diritto, AA.VV., *Law and Economics*, a cura di N. Mercuro, 1998; AA.VV., *Analisi economica del diritto*, a cura di G. Alpa, P.L. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1997; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006; R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, Addison - Wesley Educational Publishers Inc., 6ª ed., 2013; F. Denozza, *Norme efficienti*, Milano, 2002, 116 ss.; D.D. Friedman, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004; F. Parisi, *Scuole e metodologie dell'analisi economia del diritto*, in *Rivista crit. dir. priv.*, 2005, 377 ss.; Id., *The Language of Law and Economics: a Dictionary*, Cambridge, 2013; P. Trimarchi, *L'analisi economica del diritto. Tendenze e prospettive*, *Quadrimestre*, 1987, 563 ss.; E. Kreckè, *Economic analysis and legal pragmatism*, *International Review of Law and Economics*, Vol. 23, Issue 4, 421-437; G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 167; Eli M Salzberger, *The Economic Analysis of Law - The Dominant Methodology for Legal Research* ?!, University of Haifa Faculty of Law Legal Studies Research, Paper n. 1044382, 2007; il lavoro è al momento consultabile online all'indirizzo http://ssrn.com;

Per un'analisi critica delle possibilità applicative del metodo nel diritto pubblico, S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in AA.VV., *Annuario AIPDA. Analisi economica e dirit-*

Il panorama degli studi economici relativi all'ambiente a sua volta spazia dall'ecologia di mercato[3], all'economia dell'ambiente[4], all'economia ecologica (che a sua volta raduna indirizzi più o meno compatibili con la più ortodossa visione neoclassica)[5] alle applicazioni di economia comportamentale[6].

La dottrina giuridica, dal canto suo, delinea un processo di trasformazione del diritto ambientale che scandisce una sequenza di stagioni, con impostazioni e categorie di norme altrettanto diversificate[7].

---

to amministrativo (2006). Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006), Milano, 2007; F. Merusi, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2007, 3, 434; G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009; E. Picozza, *Prefazione* a E. Picozza, V. Ricciuto (a cura di), *Diritto dell'economia*, Torino, 2013.

Sull'analisi economica del diritto applicata in particolare al diritto ambientale, K. Mathis, B.R. Huber (a cura di), *Environmental Law and Economics*, Springer International Publishing AG, 2017; M.A. Livermore, R.L. Revesz, *Environmental Law and Economics*, in F. Parisi (a cura di), T*he Oxford Handbook of Law and Economics, Volume 2: Private and Commercial Law*, 2017; T. Swanson (a cura di), *An introduction to the law and economics of environmental policy: issues in institutional design*, London, 2002; A. Endres, *The Use of Standards and Prices in Environmental Law: A Dynamic Perspective*, in AA.VV., *Internationalization of the Law and its Economic Analysis. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer*, Gabler Edition Wissenschaft, 2008, 431 ss.; ivi anche M. Faure, *Environmental Rules Versus Standards for Developing Countries; Learning from Schäfer*, 735 ss.; M.G. Faure, *Instruments for environmental Governance: what works*?, in P. Martin, L. Zhiping, Q. Tianbao, (a cura di), *Environmental Governance and Sustainability*, Camberley Surrey, 2012, 3 ss.

[3] T.L. Anderson, D.R. Leal, *Free Market Environmentalism for the Next Generation,* Palgrave Macmillan US, 2015.

[4] M.L. Cropper, W.E. Oates, *Environmental Economics: A Survey, Journal of Economic Literature*, 1992, 30 (2), 675-740; W.J. Baumol, W.E. Oates, *The Theory of Environmental Policy*, 2ª ed., Cambridge, 1988; T.R. Stavins, *Economics of the Environment: Selected Readings*, 7ª ed. Edition, Hants, England, 2019; Tietenberg, *Economia dell'ambiente*, McGraw-Hill Education, 2006, p. 72 ss.

[5] R. Costanza, *What is ecological economics ? Ecological Economics*, 1989, 1, 1-7; G. Munda, *Environmental Economics, Ecological Economics, and the Concept of Sustainable Development,Environmental Values*, 1997, Vol. 6, n. 2, 213-233; si permetta anche un rimando a M. Cafagno, *La cura dell'ambiente tra mercato ed intervento pubblico. Spunti dal pensiero economico*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, 191 ss.

[6] OECD, *Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights*, 2017; OECD, *Behavioural insights and public policy: lessons from around the world,* 2017; R. Croson, N. Treich, *Behavioral Environmental Economics: Promises and Challenges, Environ Resource Econ* (2014) 58:335-351.

[7] Per un'interessante mappatura, A. Craig, *Fourth Generation Environmental Law : Integrationist and Multimodal, William and Mary Environmental Law & Policy Review*, 2011, 35, 771-886; con più specifico riferimento al diritto nazionale ed europeo, tra i molti, A. Crosetti, R. Ferrara, C.E. Gallo, S. Grassi, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014; S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999; G. Di Plinio, P. Fimiani (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, Milano, 2008; M. Cafagno, *Principi e strumenti a tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, *Dir. Pubbl.*, 2007, 1, 219 ss.; G. Cocco, A. Marzanati, R. Pupilella, A. Russo, *Ambiente*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *Parte speciale*, Milano, 1997, 101 ss.; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018; P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; R. Ferrara, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi, Foro amm. TAR*, 2009, 6, 1945 ss.; F. Fonderico, *L'evoluzione della legislazione ambientale*, in *Giuristi Ambientali*, 2007 (http://www.giuristiambientali.it/documenti/20071016_AM.pdf); G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo II, Milano, 1996, 1121 ss.; G. Pericu, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Dig. (disc. pubbl)*, vol. I, Torino, 1987, 189 ss.

La combinazione dei vari movimenti di pensiero può condurre a una molteplicità di costrutti, atti a preparare conclusioni alquanto diverse.

Poiché l'arcipelago delle possibilità è piuttosto frastagliato, si impone qualche scelta preliminare.

Il presente lavoro, rinunciando alla pretesa velleitaria di offrire una rappresentazione ordinata della letteratura esistente e delle numerose applicazioni settoriali, intende concentrarsi su una questione di fondo: il rapporto tra mercato e ambiente o, più precisamente, il diverso tipo di raccordo tra ambiente e mercato del quale concezioni alternative dell'analisi economica del diritto si fanno propugnatrici.

È noto che sul punto la discussione è accesa e fomentata da visioni antitetiche: v'è chi pensa che il mercato custodisca i rimedi necessari alla cura dei mali dell'ambiente[8], chi all'opposto crede che negli attuali modelli di produzione e consumo allignino le cause della devastazione dell'ambiente[9].

Assumerò a convenzionale punto di partenza la posizione molto ottimistica sul potenziale taumaturgico del mercato che, negli studi di *law and economics*, è espressa dalla cosiddetta scuola di Chicago.

L'approfondimento delle sue basi e dei suoi elementi di debolezza mi consentirà in seguito di argomentare a favore di modelli alternativi di analisi economica del diritto.

Enuncio subito la tesi che mi prefiggo di illustrare: l'analisi economica, a mio giudizio, non è metodo adatto a definire l'assetto dei fini del diritto ambientale, ma può fornire un contributo prezioso alla selezione e all'affinamento dei suoi strumenti.

Come il lettore potrà forse intuire, visti il baricentro e il taglio del discorso, il seguito dello scritto concederà più spazio all'analisi delle posizioni dottrinali e del dibattito teorico, anche economico, che all'esegesi del dato giurisprudenziale o del dettaglio normativo, sia pure senza omettere la perlustrazione di esperienze applicative, maturate in Italia o in altri paesi.

2. *Ambientalismo di mercato*

La corrente di analisi economica del diritto usualmente distinta come scuola di Chicago muove dall'idea che, in un mondo dominato dalla scarsità, nel quale non tutti gli interessi e i bisogni possono essere soddisfatti e nel quale perciò

[8] In questa prospettiva, T.L. Anderson, D.R. Leal, *Free Market Environmentalism*, cit.; *amplius, infra.*

[9] V., ad es., D. Tanuro, *L'impossibile capitalismo verde. Il riscaldamento climatico e le ragioni dell'ecosocialismo*, Roma, 2011; S. Latouche, *Il paradosso dell'economia ecologica e lo sviluppo sostenibile come ossimoro*, intervento del 30 settembre 1998 al seminario internazionale di studio dell'Università di Padova, http://www.edscuola.it/archivio/interlinea/paradosso.html; S. Latouche, *L'economia è una menzogna*, Torino, 2014.

il diritto deve risolvere un problema di coordinamento tra corsi d'azione che si intralciano, le norme si prestano ad essere esaminate come dispositivi che modificano il prezzo relativo delle condotte.

Le decisioni legali – siano esse del Parlamento, dell'amministrazione o della magistratura – variano i "costi opportunità" dei comportamenti, cambiano il rapporto tra oneri e vantaggi associati ad ogni corso di azione.

Dunque l'ordinamento giuridico, secondo questa linea di pensiero, dovrebbe preoccuparsi di configurare i titoli che definiscono le prerogative confliggenti – come diritti, obblighi e responsabilità – in modo efficiente.

Il famoso teorema di Coase, tratto dallo scritto del 1960 dedicato al «problema del costo sociale»[10], offre la base speculativa per avanzare il suggerimento che, al cospetto di esternalità o di fallimenti del mercato, la mano pubblica, anziché frettolosamente impegnarsi in un intervento sostitutivo, dovrebbe viceversa operare per ripristinare il funzionamento del mercato.

Incorporando i cardini dell'economia del benessere, con la loro matrice utilitarista, la scuola sostiene che l'espediente migliore di cui il diritto possa valersi per raggiungere la meta dell'efficienza sia quello di mettersi all'ombra del mercato, consista cioè nel favorire e nel mimare il funzionamento di un mercato concorrenziale, valorizzando, per quanto possibile, lo strumento contrattuale[11].

Una stringata progressione di proposizioni consente di schematizzare la visione generale: a) le norme sono strumenti di amministrazione degli incentivi; b) il diritto dovrebbe mimare il mercato, perseguendo la meta dell'efficienza, così come il giurista dovrebbe appellarsi all'economia, perché essa indica come si raggiunge l'efficienza; c) la pressione selettiva che guida l'evoluzione dell'ordinamento, soprattutto nel sistema di common law e di diritto privato, di fatto favorisce le soluzioni efficienti[12].

Un recente lavoro critico ha efficacemente individuato in un assunto di fatto, un giudizio di valore e un'indicazione operativa i tre principali ingredienti del metodo[13].

L'assunto è che gli individui siano "massimizzatori razionali" del proprio personale benessere, il giudizio di valore è che lo scopo prioritario del quale la società dovrebbe farsi carico sia il maggior innalzamento possibile del benessere

---

[10] Lo si veda tradotto in R. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, 199 ss.

[11] Per tutti, F. Romani, *Diritto ed economia: la prospettiva di un economista*, in *Sociologia del diritto*, 1990, 1-2, 245 ss.; Id., *L'Analisi economica del diritto nella prospettiva dell'economista*, in AA.VV., *Interpretazione giuridica e analisi economica*, cit.

[12] Cfr. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., 167, riprendendo il pensiero e le opere di Kornhauser, indicate in n. 79.

[13] F. Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria*? in *Ars Interpretandi*, 2013, 2, 43; si veda anche Id., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale,* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014, vol. 112, n. 1, 13 ss.

aggregato, inteso come somma dei livelli di benessere individuale, misurato dal grado di soddisfazione delle preferenze personali, l'indicazione operativa individua nelle transazioni su base volontaria lo strumento più adatto a raggiungere il fine, dato l'assunto.

Con qualche inevitabile semplificazione, noto che sul versante ambientale il movimento di idee contiguo alla visione appena riassunta prende nome di "*free market ecology*".

Terry Anderson e Donald Leal aprono il loro testo, dedicato appunto a "L'ecologia di mercato", proclamando di voler lanciare una sfida all'idea secondo la quale l'ecologia di mercato è un ossimoro, opponendovi il disegno di un sistema di diritti di proprietà ben stabiliti sulle risorse naturali ed ambientali, costruito in modo tale che «la stessa prosperità dei proprietari sia in pericolo se vengono prese le decisioni sbagliate». L'ambientalismo di mercato, chiariscono gli autori, «guarda al sistema dei diritti di proprietà privata sulle risorse naturali come al mezzo per connettere l'interesse personale alla tutela dell'ambiente. La titolarità dei diritti sospinge i proprietari a ponderare i costi e i benefici delle loro azioni e facilita quelle transazioni di mercato che, grazie allo scambio volontario, generano un'efficiente crescita dei guadagni»[14].

Sulle presunte orme di Coase, la tesi di fondo è che l'ordinamento giuridico, alle prese con i problemi ambientali, dovrebbe in primo luogo sforzarsi di correggere la difettosa assegnazione dei diritti dalla quale originano le esternalità, così da preparare il terreno al successivo processo di scambio.

Se la negoziazione fosse ostacolata da costi di transazione, ad esempio nascenti da debolezze informative, incertezze od opportunismo, il diritto dovrebbe attivarsi per abbatterli.

Se i costi di transazione fossero irriducibili, l'intervento pubblico dovrebbe per quanto possibile mimare il funzionamento del mercato, promuovendo gli esiti cui esso sarebbe giunto, se fosse stato in grado di operare[15].

Soprattutto agli occhi di uno studioso di diritto amministrativo, la sequenza degli enunciati delinea un vero e proprio programma di politica dell'intervento pubblico che è denso di pesanti ricadute e che è molto caratterizzato ideologicamente.

Esempi oggi molto discussi di soluzioni ambientali che parrebbero riecheggiare una crescente fiducia nell'abbinamento tra diritti sulle risorse e strumenti con-

[14] T.L. Anderson, D.R. Leal, *Free Market Environmentalism*, cit., 3, trad. mia.

[15] Cfr. F. Romani, *Strumenti*, cit. 235 ss.; J.L. Coleman, *Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law*, in *Ethics*, 1984, vol. 94, n. 4, 649 ss.; T. Tietenberg, *Economia dell'ambiente*, cit., 72 ss.

trattuali sono offerti, tra le varie misure *market-based*, dai cosiddetti sistemi di pagamento dei servizi ecosistemici (PES)[16] in materia di salvaguardia della biodiversità[17].

Celebre è il caso pilota della fonte d'acqua minerale Vittel, situata nella regione dei Vosgi, nel nord-est della Francia[18].

---

[16] L'espressione "servizi ecosistemici" designa la multiforme gamma di prestazioni che l'ambiente procura, a vantaggio del genere umano, mediante una complessa rete di processi e di reciproci adattamenti dei fattori abiotici e biotici, dai quali dipende il mantenimento dell'intervallo di condizioni fisiche adatte alla vita (*www.meaweb.org*).

Stando alle classificazioni consuete, un primo gruppo di servizi comprende funzioni di regolazione e di stabilizzazione.

Ricadono in questo vasto insieme, a titolo esemplificativo, la regolazione dei cicli gassosi e della composizione dell'atmosfera, il controllo del clima e la redistribuzione dell'umidità, la formazione ed il consolidamento del suolo e dei terreni, la regolazione dei flussi idrici e del ciclo dell'acqua, la regolazione dei cicli biogeochimici (come il ciclo dell'ossigeno, del carbonio, dell'azoto, del fosforo, dello zolfo), la decomposizione ed il recupero dei rifiuti organici, le funzioni di abbattimento dell'inquinamento, come la depurazione delle acque e dell'atmosfera, il controllo degli eventi biologici, come nascite, morti o epidemie.

Un secondo gruppo di servizi comprende le mansioni produttive e di habitat.

Tra di esse, la cattura dell'energia solare e la successiva costruzione di biomassa, occorrente al sostentamento degli organismi eterotrofi, la rigenerazione di materie prime, di risorse genetiche, di sostanze medicinali, di fonti energetiche o di beni ornamentali, le funzioni di asilo e di ricovero della prole.

Una terza categoria di servizi compendia le funzioni di supporto allo sviluppo cognitivo, come i contributi che l'ambiente fornisce all'informazione scientifica, alla maturazione di una coscienza storica e identitaria, alla formazione di valori paesaggistici o estetici, alle attività ricreative.

Per il momenti bastino i seguenti rimandi: E. Gómez-Baggethun, R. de Groot, P.L. Lomas, C. Montes, *The history of ecosystem services in economic theory and practice: From early notions to markets and payment schemes*, in *Ecological Economics*, 2010, 69, 1209-1218; R. Costanza, R. d'Arge, R. de Groot, S. Farber, M. Grasso, B. Hannon, K. Limburg, S. Naeem, R.V. O'Neill, J. Paruelo, G.R. Raskin, P. Sutton, M. van der Belt, *The value of the world's ecosystem services and natural capital*, in *Nature*, 1997, 387, 253-260; A. Fari, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013; J. Farley, *Ecosystem services: The economics debate*, in *Ecosystem Services*, 2012, 1, 40-49; MA, Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-being. A Framework for Assessment*, Island Press, 2003. Per ulteriori riferimenti bibliografici, M. Cafagno, *Principi e strumenti*, cit.; M. Cafagno, D. D'Orsogna, F. Fracchia, *The Legal Concept of Environment and Systemic Vision*, in L. Ulivi (a cura di), *The Systemic Turn in Human and Natural Sciences*, Springer, 2018, 121-148.

[17] Si veda ad es. il 7° Programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020, decisione UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 N. 1386, «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta», in part. priorità VI, par. 77 nonché par. 83, punto VIII.

Una rassegna della variegata casistica applicativa è offerta, tra i lavori al momento consultabili, dal volume che l'OECD ha dedicato nel 2010 al tema *Paying for Biodiversity. Enhancing the cost-effectiveness of payments for ecosystem services*, o dai corposi rapporti che hanno scandito l'attuazione del progetto TEEB (*The Economics of Ecosystems and Biodiversity*, *www.teebweb.org*).

Com'è noto, TEEB, dopo il *Millennium Ecosystem Assessment*, rappresenta il più ambizioso sforzo internazionale di messa a sistema dei dati e delle conoscenze acquisite sul valore della biodiversità e degli ecosistemi per l'economia umana.

Il progetto è stato avviato in occasione del G8 ambiente di Potsdam nel 2007, sotto il patrocinio delle Nazioni Unite (UNEP) e col supporto della Commissione Europea e dei governi di Germania, Regno Unito, Olanda, Norvegia, Belgio, Svezia e Giappone.

In dottrina, tra i molti lavori, J. Farley, R. Costanza, *Payments for ecosystem services: From local to global, Ecological Economics*, 2010, 69, 2060-2068.

[18] E. Cancila, A. Bosso, I. Sabbadini, *Il pagamento dei servizi ecosistemici: casi di studio, Ecoscienza*, 2015, 1, 18 s.; A. Bosso, A.C. Moonen, *Servizi ecosistemici, le relative forme di remunerazione (PES) e la valutazione non-monetaria*, in G. Venturi (a cura di), *Annali dell'Accademia nazionale di agricoltura*, vol. CXXXVII, 2017, 94 ss.

La Nestlé Waters, produttrice dell'acqua minerale, preoccupata dal pericolo che la fonte fosse contaminata da nitrati, a causa dell'intensificazione delle attigue attività agricole, ha intrapreso uno studio delle relazioni di causa-effetto tra pratiche di gestione agronomica e miglioramento della qualità dell'acqua.

Quindi, all'esito di trattative protrattesi per un decennio, ha instaurato con i proprietari agricoli e forestali un sistema di pagamento dei servizi ecosistemici, volto a compensare l'adozione di pratiche più sostenibili.

Più precisamente, la multinazionale ha perfezionato con gli agricoltori un fascio di contratti, dalla durata variabile tra i 18 e i 30 anni, tramite cui si è impegnata, a fronte di un cambiamento delle pratiche agronomiche, a riconoscere un premio di 200 euro/ha/anno (commisurato al minor reddito delle colture) e a farsi al contempo carico del finanziamento delle modifiche tecnologiche necessarie, degli oneri di assistenza gratuita, della cancellazione dei debiti per l'acquisto dei fondi.

Riferiscono i commentatori che l'iniziativa ha conseguito i risultati che si prefiggeva, cioè la riduzione dei nitrati in falda e la conversione al biologico di numerose coltivazioni, e che nei primi sette anni di attuazione del PES, la multinazionale ha speso 24,25 milioni di euro (meno di quanto non sarebbe costato l'allestimento di un sistema di depurazione) a fronte di un giro d'affari pari a 5,2 miliardi di Euro[19].

Altro esempio spesso riportato dalla letteratura è quello dell'accordo sottoscritto tra l'azienda municipalizzata addetta alla fornitura dei servizi idrici della città di New York e i proprietari forestali del bacino di captazione.

Tramite l'accordo i proprietari si sono impegnati a gestire i boschi secondo uno specifico programma di gestione forestale, pensato per garantire il mantenimento del deflusso idrico a valle, in qualità e quantità.

La compensazione del servizio ecosistemico di provvista dell'acqua potabile è stata finanziata da un'addizionale sulla tariffa idrica, pagata dagli utenti finali del servizio. Si è calcolato che il costo di realizzazione di un impianto di depurazione sarebbe stato molto superiore, rispetto al costo del PES, tanto che l'operazione ha garantito un risparmio compreso tra i 6 e i 9 miliardi di dollari[20].

Il caso "*water penny*", nella regione della Bassa Sassonia, in Germania, ha interessato una superficie agricola di 300.000 ettari, coinvolgendo 12.000 agricoltori. Una normativa regionale finalizzata al contenimento dei livelli di inqui-

[19] Anno 2005; in questi termini il rapporto Ervet - Regione Emilia Romagna, *La valorizzazione del capitale naturale attraverso il pagamento dei servizi ecosistemici in Emilia Romagna*, 2016, al momento visionabile all'indirizzo www.ervet.it/wp-content/uploads/2013/09/Ricognizione_PES_E-R_2016.pdf

[20] Tra le varie fonti, si vedano le informazioni raccolte sul sito del progetto *LIFE+ Making Good Natura - Making public Good provision the core business of Natura 2000,* ad oggi disponibili all'indirizzo http://www.lifemgn-serviziecosistemici.eu/IT/progetto/Pages/pes.aspx; *amplius infra*, tra breve.

namento della falda acquifera ha autorizzato le società di gestione dei servizi ad inserire nella bolletta dell'acqua potabile un'addizionale nota come "*water penny*" (che al momento raccoglie circa 30 milioni di euro per anno) avente lo scopo di finanziare il pagamento di un corrispettivo agli agricoltori, in cambio del loro impegno a pratiche di conversione al biologico, diminuzione di input chimici, ripristino di aree umide ed ecosistemi fluviali[21].

Ancora, l'*Environment Bank* è una compagnia privata che – sulle orme della consolidata esperienza statunitense in materia di habitat banking – opera come broker per interventi di compensazione della biodiversità nel Regno Unito. Posto che gli habitat degradati dagli interventi antropici devono essere compensati con habitat di uguale pregio (es. foreste, zone umide, aree agricole, pascoli, ecc.) la struttura agisce da intermediario tra proponenti di opere e offerenti di aree naturali[22].

Proseguendo con esempi nostrani, nel 2001 la società Romagna Acque ha attivato un PES volto a incoraggiare i proprietari di boschi ad adottare pratiche sostenibili di gestione forestale, in grado di ridurre fenomeni di erosione suolo, all'origine di problemi di interrimento di un invaso e di conseguente peggioramento della qualità dell'acqua[23].

Sempre in Italia, il Consorzio Universitario per la Ricerca Socioeconomica e per l'Ambiente (CURSA) ha assunto il ruolo di capofila del progetto *LIFE+ Making Good Natura*, il cui scopo è lo sviluppo di efficaci percorsi di *governance* ambientale e di gestione degli habitat e delle specie animali e vegetali, atti a valorizzare i servizi ecosistemici generati dai siti della rete Natura 2000[24]; tra i vari strumenti gestionali in corso di affinamento e di verifica campeggia il modulo dei Pagamenti per i Servizi Ecosistemici[25].

---

[21] A. Bosso, A.C. Moonen, *Servizi ecosistemici, le relative forme di remunerazione (PES)*, cit.

[22] La compensazione avviene tramite la compravendita di crediti (*conservation credits*).

Environment Bank calcola gli impatti, commisura le compensazioni, monitora l'attuazione dei piani di gestione della biodiversità predisposti dai proprietari delle aree, gestisce apposito registro ove sono annotate istanze compensative e habitat disponibili. Cfr. A. Bosso, A.C. Moonen, ult. cit.

[23] Ervet - Regione Emilia Romagna, *La valorizzazione del capitale naturale attraverso il pagamento dei servizi ecosistemici*, cit.

[24] 21 siti pilota, per una superficie complessiva di 90.239 ha; http://www.lifemgn-serviziecosistemici.eu/IT/progetto/Pages/short.aspx; come si ricava dal sito, finanziano il progetto la Commissione Europea, attraverso il programma LIFE+, il Ministero dell'Ambiente e il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali. Sono partner del progetto EURAC (Accademia Europea di Bolzano), WWF Italia, vari enti Parco, le Regioni Sicilia e Lombardia, ERSAF.

[25] Si vedano le decisioni di esecuzione della Commissione Europea del 19 marzo 2014 n. 203 e del 12 febbraio 2018 n. 210, sull'adozione del programma di lavoro pluriennale LIFE per il periodo 2014-2017 e per il periodo 2018-2020.

Un riferimento normativo esplicito al sistema dei pagamenti dei servizi ecosistemici, nel diritto nazionale è contenuto nella legge 28 dicembre 2015, n. 221, recante «disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali».

L'art. 70 della legge ha infatti incaricato il Governo di introdurre e disciplinare un sistema di pagamento dei servizi ecosistemici e ambientali (PSEA), nel rispetto di principi direttivi enumerati al comma 2.

Se e fino a che punto la variegata gamma di intese e di tipologie contrattuali, aventi ad oggetto risorse e servizi ambientali, possa dirsi lineare concretizzazione di una logica coasiana, è tema che tratteremo tra breve[26].

Prima è necessario dar conto del fatto che il cosiddetto ambientalismo di mercato poggia, oltre che sulla teorizzazione dell'asserita superiorità dei meccanismi di scambio, sulla pratica costatazione dei seri limiti dei quali soffre la più consueta strumentazione di comando e controllo.

L'analisi critica sul punto muove dalla considerazione che questo tipo di armamentario giuridico, essendo incentrato su scelte pubbliche preventive, presuppone determinazioni abbastanza precise dei comportamenti tollerati, imposti o vietati.

Decisioni collettive viziate in eccesso o in difetto sono fatalmente destinate a causare livelli di inquinamento troppo alti o, alternativamente, sprechi e ingiustificate perdite di benessere.

D'altro canto l'osservanza di divieti ed obblighi e l'adeguamento agli standard comporta a propria volta un costo, il quale può variare da destinatario a destinatario.

Il ricorso agli strumenti di comando e controllo richiede insomma che l'apparato pubblico disponga di informazioni accurate, necessarie all'elaborazione di vincoli e di standard convenientemente diversificati.

Trattasi di condizioni severe e molto esigenti, la cui soddisfazione è resa problematica e laboriosa da una pluralità di ostacoli.

Innanzitutto, la proliferazione delle prescrizioni di per se stessa aumenta le difficoltà del processo di scelta, sovraccarica le funzioni di controllo e complica i meccanismi sanzionatori.

La delega non ha trovato un'attuazione organica nei tempi concessi per il relativo esercizio.

Il tema è stato tuttavia di recente ripreso dal testo unico in materia di foreste e filiere forestali.

Ai sensi del comma 8 dell'art. 7 del D. Lvo 3 aprile 2018 n. 34, infatti, «le regioni, coerentemente con quanto previsto dalla Strategia forestale dell'Unione europea COM (2013) n. 659 del 20 settembre 2013, promuovono sistemi di pagamento dei servizi ecosistemici ed ambientali (PSE) generati dalle attività di gestione forestale sostenibile e dall'assunzione di specifici impegni silvo-ambientali informando e sostenendo i proprietari, i gestori e i beneficiari dei servizi nella definizione, nel monitoraggio e nel controllo degli accordi contrattuali. I criteri di definizione dei sistemi di remunerazione dei servizi ecosistemici ed ambientali (PSE) risultano essere quelli di cui all'articolo 70 della legge 28 dicembre 2015, n. 221, con particolare riguardo ai beneficiari finali del sistema di pagamento indicati alla lettera h) del comma 2 del predetto articolo 70».

Il comma seguente precisa che «la promozione di sistemi PSE di cui al comma 8, deve avvenire anche nel rispetto dei seguenti principi e criteri generali:

a) la volontarietà dell'accordo, che dovrà definire le modalità di fornitura e di pagamento del servizio;

b) l'addizionalità degli interventi oggetto di PSE rispetto alle condizioni ordinarie di offerta dei servizi;

c) la permanenza delle diverse funzioni di tutela ambientale presenti prima dell'accordo».

Da ultimo, v. altresì art. 18, D.P.C.M. 20 febbraio 2019, n. 159420.

[26] In chiave critica e dubitativa, E. Gómez-Baggethun, R. Muradian, *In markets we trust? Setting the boundaries of Market-Based Instruments in ecosystem services governance*, in *Ecological Economics*, 2015, 117, 217-224; ulteriori riferimenti bibl. ivi.

In secondo luogo – ed è questo un problema ancor più spinoso – accade spesso che dati approfonditi, necessari a decisioni misurate, siano in concreto inaccessibili all'autorità, non soltanto a causa della varietà delle situazioni locali da definire, ma anche e soprattutto perché le informazioni rilevanti sono spesso detenute proprio dagli operatori economici sottoposti al potere pubblico.

In queste condizioni, è facile alligni una loro propensione all'opportunistico sfruttamento del vantaggio conoscitivo, che può sfociare in una rappresentazione faziosa e strumentale degli elementi di giudizio occorrenti alle decisioni collettive.

Queste carenze informative e le connesse difficoltà dell'amministrazione a discriminare – fra situazioni e tra operatori – non sono superabili ricorrendo al banale espediente di parametrare obblighi e standard ad indicatori medi.

L'applicazione generalizzata di un vincolo uniforme, rapportato a valori medi, è infatti ripiego inefficiente, che minaccia di imporre sacrifici troppo alti ad alcuni ed impegni troppo blandi ad altri, in grado di ottenere il medesimo risultato con minor sforzo.

I difetti del metodo tanto più si aggravano quanto maggiore sia la varianza delle spese di abbattimento, rispetto alla media, cioè quanto più eterogenei siano le capacità e le funzioni di costo dei vari soggetti economici interessati dalla decisione.

In breve, una politica di prefissione di standard uniformi può forse agevolare l'azione di controllo, ma rende complessivamente più oneroso l'adempimento, a causa dell'insensibilità delle scelte pubbliche alle condizioni locali, mentre la strategia opposta, cioè quella di optare per vincoli e obblighi diversificati, se prospetta un maggior grado di efficienza, postula condizioni – in termini di dotazioni informative e di capacità valutative degli apparati amministrativi – che raramente sono esaudite nella pratica, acuisce inoltre l'incertezza giuridica dei destinatari, con la moltiplicazione dei precetti giuridici, e complica notevolmente, infine, l'attività di monitoraggio e di repressione degli abusi.

Un ulteriore grave difetto imputato alle misure di comando e controllo risiede nella loro attitudine ad appiattire gli incentivi.

Quando la scelta collettiva predefinisca tanto i risultati prescritti ai destinatari, quanto le modalità per raggiungerli, essa evidentemente annulla l'interesse alla ricerca privata di soluzioni innovative.

Laddove il decisore pubblico si limiti a precostituire obiettivi di risultato, viene comunque meno la convenienza di ogni operatore economico razionale a profondere investimenti e sforzi nello sviluppo di tecnologie migliorative, capaci di conseguire livelli di salvaguardia ambientale eccedenti, rispetto al traguardo minimo di conformarsi[27].

[27] Cfr. K. Mathis, *Sustainable Developement, Economic Growth and Environmental Regulation*, in AA.VV., *Environmental Law and Economics*, cit., 3 ss.; si permetta per brevità un rimando ad M. Cafagno, *Prin-*

Abbondano infine gli studi di *public choice* che spiegano perché non sia casuale la distanza che di frequente passa tra obiettivi annunciati ed azioni effettive, all'interno dei procedimenti legislativi o delle organizzazioni pubbliche dedite alla cura dell'ambente[28].

Vale infine la pena di segnalare, incidentalmente, che rigidità e centralismo, con la loro velleitaria illusione di poter dirigere ad una qualche prederminabile armonia i processi ambientali, attraverso una calcolata e programmatica amministrazione delle singole risorse o dei comparti naturali, isolatamente considerati, sono agli occhi dello studioso di ecologia ingredienti errati di una risposta egualmente insoddisfacente ai problemi ambientali, che richiederebbero semmai modelli di gestione adattativa e flessibile, capaci di fronteggiare complessità e incertezza[29].

3. *Economia ecologica*

Rievocati in sintesi i problemi di fondo che affliggono le scelte collettive, è ora necessario spostare l'attenzione sugli argomenti che, simmetricamente, smorzano l'ottimismo sulle opportunità di alleanza tra mercato e ambiente e ridimensionano il credito che può essere concesso alle aspirazioni prescrittive e normative dell'analisi economica del diritto.

Dato che sarebbe velleitario pensare di riprendere qui organicamente la letteratura che stigmatizza in via generale i punti deboli del movimento di *law and economics*[30], mi accontenterò di focalizzare l'attenzione su alcuni nodi critici che interessano in particolare la materia dell'ambiente.

Poiché anche così circoscritto l'impegno resta laborioso, sarò nuovamente costretto a procedere per approssimazioni generali, con semplificazioni che spero risultino tollerabili.

Verrà in aiuto il quadro concettuale sviluppato dalla cosiddetta "economia ecologica", corrente di pensiero che, pur senza sottovalutare l'importanza degli

---

cipi e strumenti a tutela dell'ambiente, cit., nonché a M. Cafagno, F. Fonderico, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, *Principi generali*, Padova, 2012, 487 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

[28] K. Mathis, ult. cit., 20 ss.

[29] C.S. Holling, G.K. Meffe *Command and Control and the Pathology of Natural Resource Management, Conservation Biology,* 1996, vol. 10, n. 2, 328 ss.*;* K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Washington, D.C., 1993; C. R. Allen, A.S. Garmestani (a cura di), *Adaptive Management of Social-Ecological Systems*, Springer, 2015.

[30] Per cui rinvio a F. Denozza, *Norme efficienti*, cit., nonché a J. Coleman, *Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law,* cit.; Eli M Salzberger, *The Economic Analysis of Law - The Dominant Methodology for Legal Research* ?!, cit.

obiettivi di efficienza, tenta una più persuasiva mediazione tra teoria economica e principi ecologici[31].

Per maggior chiarezza, articolerò il ragionamento per punti.

a) Esternalità e interdipendenze

L'economia ecologica invita a pensare all'ambiente come ad un "sistema", descrive la biosfera come una gerarchia di reti interconnesse, in costante trasformazione.

Ambiente e società umana sono visti come due subsistemi, che coevolvono e interagiscono nella biosfera, scambiando incessantemente flussi di materia, energia ed informazioni[32].

La percezione della complessità costituisce cifra distintiva della visione[33].

La presa di coscienza delle labirintiche interazioni dalle quali emergono i servizi ecosistemici, attraverso fenomeni di spontanea autorganizzazione che tuttora sfuggono alla piena comprensione, rende subito evidente allo studioso che la pre-

---

[31] R. Costanza, *What is Ecological Economics*?, cit.; R. Costanza, J.H. Cumberland, H. Daly, R. Goodland, R.B. Norgaard, I. Kubiszewski, C. Franco, *An Introduction to Ecological Economics*, 2ª ed., CRC Press, 2015; H.E. Daly, *Oltre la crescita. L'economia dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2001; N. Georgescu-Roegen, *Bioeconomia. Verso un'altra economia ecologicamente e socialmente sostenibile*, Torino, 2003; H.E. Daly, J. Farley, *Ecological Economics. Principles and Applications*, 2ª ed., Washington, D.C., 2011; G. Munda, *Environmental Economics, Ecological Economics, and the Concept of Sustainable Development*, cit.; M. Bresso, *Per un'economia ecologica*, Roma, 2002; G. Panella, *Economie e politiche dell'ambiente*, Roma, 2002; T. Luzzati, *Leggere Karl William Kapp (1910-1976) per una visione unitaria di economia, società e ambiente*, in *Discussion Papers*, Dipartimento di Scienze Economiche dell'Università di Pisa, 2005, n. 56, http://www-dse.ec.unipi.it/ricerca/discussion-papers.html.

[32] Tra i molti lavori, R. Costanza, B. Low, E. Ostrom, J. Wilson, B. Raton (a cura di), *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, Lewis Publishers, 2001; F. Berkes, J. Colding, C. Folke (a cura di), *Navigating Social-Ecological Systems: Building Resilience for Complexity and Change*, Cambridge University Press, 1ª ed., 2002; L.H. Gunderson, C.S. Holling (a cura di), *Panarchy: Understanding Transformations in Systems of Humans and Nature*, Washington, D.C., 2002; L.H. Gunderson, L. Pritchard, Scientific Committee on Problems of the Environment (SCOPE 60) (a cura di), *Resilience and the Behaviour of Large-Scale Systems*, Washington, D.C., 2002; L. Ulivi (a cura di), *The Systemic Turn in Human and Natural Sciences*, cit.; T.F.H. Allen, T.B. Starr, *Hierarchy-Perspectives for Ecological Complexity*, Chicago, London, 1982, G. Bologna, *Manuale della sostenibilità. Idee, concetti, nuove discipline capaci di futuro*, Milano, 2005; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Washington, D.C., 1993; S. Levin, *Fragile Dominion. Complexity and the Commons*, Cambridge, Massachusetts, USA, 1999; G. Marten, *Ecologia umana. Sviluppo sociale e sistemi naturali,* Milano, 2002.

[33] Per una teoria generale dei sistemi complessi e delle proprietà emergenti, per tutti, J.H. Holland, *Complexity: A Very Short Introduction*, Oxford, 2014; Id., *Signals and Boundaries: Building Blocks for Complex Adaptive Systems*, The MIT Press, 2014; Id., *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Cambridge, Massachusetts, 1996; Id, *Emergence: From Chaos to Order*, Oxford, paperback, 2000; Id., *Adaptation in Natural and Artificial Systems: An Introductory Analysis with Applications to Biology, Control, and Artificial Intelligence*, MIT Press, ristampa, 1992; V. Ahl, T.F.H. Allen, *Hierarchy Theory: A Vision, Vocabulary, and Epistemology*, New York, 1996; H. Simon, *L'architettura della complessità*, in *Le scienze dell'artificiale* (trad. it.), Bologna, 1988, 208 ss.

sunzione di definire un sistema completo e funzionale di diritti negoziabili sulle risorse ambientali è destinata a confrontarsi con difficoltà a dir poco proibitive[34].

Al cospetto della complessità ambientale, la speranza che gli ipotetici titolari dei diritti sulle risorse riescano a tener conto, negoziando, dell'intera gamma delle potenziali conseguenze ecologiche delle loro scelte, reca insite presunzioni non meno irrealistiche, sulle umane attitudini e capacità di giudizio.

Può essere istruttivo tornare per un attimo all'esempio francese delle acque minerali Vittel, richiamato, nel precedente paragrafo, come uno dei primi casi virtuosi di sperimentazione dei sistemi pagamento dei servizi ecosistemici.

A distanza di qualche decennio dal buon risultato conseguito tramite gli abili negoziati, che hanno allontanato lo spettro di una contaminazione da nitrati, l'operato del gruppo Nestlè è tornato ad interessare i mezzi di comunicazione e l'opinione pubblica, in una luce sfortunatamente diversa.

Articoli di stampa riferiscono che l'intensificazione del prelievo delle acque minerali, stimolata dai profitti delle vendite, combinandosi con gli effetti imprevisti dei cambiamenti climatici, ha progressivamente causato un drastico abbassamento del livello idrico sotterraneo, che oggi desta serie preoccupazioni ecologiche e costringe la popolazione locale ad una paradossale condizione di penuria d'acqua potabile[35].

A dispetto degli accenti ottimistici dell'ambientalismo di mercato, evitare *mismatch* tra la scala delle scelte umane, guidate da criteri di convenienza, e la ben diversa scala dei fenomeni ambientali è compito arduo[36].

Ovviamente una modulazione di meccanismi di pressione economica alterata da sottovalutazioni o errori, sul piano dei possibili effetti ambientali delle condotte, è fatalmente destinata a creare incentivi distorti e ad innescare scelte ecologicamente deleterie.

Si è giustamente notato che, alla stregua di una visione sistemica dell'ambiente, la stessa categoria concettuale delle esternalità si dimostra povera e inadatta a guidare la ricerca delle soluzioni.

---

[34] In tema, si veda la registrazione 2.4. del corso di economia ecologica di T. Luzzati, liberamente fruibile all'indirizzo https://www.youtube.com/watch?v=p8gj3y5IloU&list=PLMLzyw5n6nXnfXdY1gqJ-Ure--CVctPlr&index=15&t=0s.

[35] L. Lavocat, À Vittel, Nestlé contrôle l'eau, la politique et les esprits, *Reporterre. Le quotidien de l'ecologie*, 9 maggio 2019, https://reporterre.net/A-Vittel-Nestle-controle-l-eau-la-politique-et-les-esprits; *Vittel: les associations demandent à l'État d'interdire les prélèvements de Nestlé*, *Reporterre. Le quotidien de l'ecologie*, 28 settembre 2018, https://reporterre.net/Vittel-les-associations-demandent-a-l-Etat-d-interdire-les-prelevements-de; E. Herrera, *Problemi con l'acqua minerale Vittel Nestlè imbottigliata in Francia, NotizieIn*, 5 maggio 2018, https://notiziein.it/problemi-acqua-minerale-vittel-nestle-francia-206414; D. Chazan, *Follow French town of Vittel suffering water shortages as Nestle accused of 'overusing' resources, The Telegraph News*, 26 aprile 2018, *h*ttps://www.telegraph.co.uk/news/2018/04/26/french-town-vittel-suffering-water-shortages-nestle-accused/

[36] K. Lee, *Greed, Scale Mismatch, and Learning, Ecological Applications*, 1993, vol. 3, n. 4, 560 ss.

L'evenienza di "effetti esterni" può essere infatti trattata come anomalia, passibile di correzioni mirate, nell'economia di un mondo semplice, scandito da rapporti eziologici lineari, ma diviene fenomeno pervasivo e onnipresente, all'interno di un mondo di reti fatto di retroazioni non lineari e di interdipendenze complesse[37].

È facile poi intuire che la necessità di adeguare il disegno dei diritti e dei negoziati alla complessità dei problemi ambientali entra in problematico conflitto con la necessità di serbare il grado di semplicità propedeutico al fluido funzionamento dei processi di scambio.

In sintesi, la complessità ecosistemica limita drasticamente la possibilità di costituire sulle componenti e sui servizi ambientali un insieme completo di diritti, negoziabili con bassi costi di transazione, in grado di internalizzare pienamente esternalità positive e negative[38].

b) Incertezza e precauzione

Allineare le dinamiche umane a quelle naturali, su scala temporale, significa fornire al processo decisionale strumenti e criteri per fronteggiare adeguatamente rischio, incertezza e sorprese.

La presenza di margini di incertezza irriducibili – che non consentono a nessuno di assegnare probabilità oggettive agli eventi futuri o che addirittura nemmeno permettono di prefigurare questi eventi – incrina irrimediabilmente l'impianto ideale sul quale poggia il convincimento che un sistema di aggregazione delle preferenze individuali, basato sulla propensione al pagamento, valga a garantire scelte valide ed ottimali, anche sul piano collettivo.

Se gli individui allocano le risorse fra il presente e il futuro sulla scorta di previsioni arbitrarie e di informazioni difettose, non vi è alcuna garanzia che i prezzi ed i relativi aggiustamenti sappiano assicurare nel tempo la conservazione e l'uso efficiente dei beni[39].

L'incertezza indebolisce il pregiudiziale favore per il postulato di sovranità del consumatore, sul quale poggia l'impianto neoclassico[40].

L'art. 191, par. 2 del TFUE eleva il principio di precauzione a caposaldo delle politiche in materia ambientale e, come ha sottolineato la Commissione

---

[37] Jeroen C.J.M. van den Bergh, *Externality or sustainability economics? Ecological Economics*, 2010, 69, 2047-2052; M. Roggiero, *All in the same boat: externalities, interdependence and the commons of Venice lagoon*, *Maritime Studies*, 2017, 16:15.

[38] E. Gómez-Baggethun, R. Muradian, *In markets we trust?*, cit.

[39] G.J. Stigler, *La teoria tradizionale delle funzioni economiche dello stato*, in *Mercato, informazione, regolamentazione* (trad. it.), Bologna, 1994, 308 ss.

[40] V.B. Norton, R. Costanza, R.C. Bishop, *Why 'sovereign' preferences may not lead to sustainable policies and what to do about it*, in *Ecological Economics*, 1998, 24, 193 ss.

europea[41], la determinazione del livello di azzardo che la collettività può tollerare si traduce in problema politico, la cui soluzione – improntata a criteri di razionalità "procedurale", anziché "sostantiva" – l'ordinamento giuridico rimette a processi di raccolta dei dati e del consenso basati sul confronto democratico[42].

A fronte di incertezze scientificamente irrisolvibili, la determinazione del «livello di rischio accettabile per la società costituisce una responsabilità eminentemente politica», il cui esercizio va inserito «in un dispositivo di negoziato sociale», alla base del dialogo[43].

Quest'ordine di considerazioni tanto più si rafforza non appena si consideri che il mercato è un meccanismo decisionale non teleologicamente orientato; i suoi esiti ed i suoi tempi non sono infatti esattamente predeterminabili, in quanto sostanzialmente rimessi ad aggiustamenti pattizi[44].

Quando però i fenomeni di inquinamento o le risposte del sistema ambientale alle perturbazioni siano caratterizzati da un andamento non lineare, come in presenza di limiti di concentrazione o di livelli minimi di resilienza varcati i quali i servizi ecosistemici possono contrarsi pericolosamente, il controllo autoritativo e diretto del quantitativo massimo consentito di emissioni inquinanti o del prelievo massimo tollerabile di risorse naturali, vale a porre una cauta e misurata distanza dalle soglie critiche.

In altre parole, in prossimità di una soglia critica – il cui superamento prospetti il pericolo di cambiamenti irreversibili – la precauzione impone la tempestività.

Il ricorso a decisioni politiche e cogenti, informate a criteri di precauzione, si rende sostanzialmente ineludibile quando occorra fronteggiare profili di incertezza irriducibile, abbinati a pericoli o urgenze gravi[45].

c) limiti di scala

> «Una cosa è l'allocazione ottimale di una data scala del flusso di risorse fra usi diversi all'interno dell'economia (un problema microeconomico); un'altra cosa, completamente diversa, è la scala ottimale dell'intera economia rispetto all'ecosistema (un problema macro) […]. Il mercato, naturalmente, funziona nei confini del sottosistema economico, dove fa un'unica cosa: risolve il problema allocativo fornendo l'informazione e gli incentivi neces-

[41] Commissione Europea, Comunicazione sul principio di precauzione, Bruxelles, 2 febbraio 2000, COM(2000) 1 def.

[42] In dottrina, tra i molti lavori, F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, Milano, 2005; R. Ferrara, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella società del rischio*, *Foro amm. TAR*, 2005, 10, 3356 ss.

[43] Parere del Comitato Economico e Sociale europeo, *Il ricorso al principio di precauzione*, Bruxelles, 12 luglio 2000, punti 2.13 e 2.14.

[44] G. Tarello, *Il diritto e la funzione di distribuzione dei beni,* in AA.VV., *Interpretazione giuridica*, cit. p. 191 ss.

[45] W.J. Baumol, W.E. Oates, *The Theory of environmental policy*, 190 ss.; G. Panella, *Economia e politiche dell'ambiente*, cit., 87 ss.; M. Bresso, *Per un'economia ecologica*, cit., 209 s.

sari. Fa quell'unica cosa molto bene. Ciò che non fa è risolvere il problema della scala ottimale»[46].

La citazione, tratta dall'opera di Herman Daly, condensa uno dei punti fermi dell'economia ecologica, la quale ricorda che le possibilità di crescita sottostanno ad un limite biofisico, pericolosamente ignorato da una tradizione di pensiero incline a concepire l'economia come sistema chiuso.

Poiché l'economia si ingrandisce trasferendo entropia alla biosfera, non è sufficiente che le risorse siano allocate così da massimizzare l'appagamento delle preferenze di consumatori e produttori; occorre la pregiudiziale definizione di un limite esterno alla crescita, limite che il mercato non è in grado di darsi spontaneamente, tantopiù alla luce dei problemi di incertezza e di imprevedibilità alimentati dalla complessità[47].

L'individuazione di questo tetto e le determinazioni conseguenti, a garanzia della sostenibilità ambientale, non possono perciò emanciparsi interamente da meccanismi di scelta collettiva.

d) Efficienza e giustizia

Un mercato non intralciato da costi di transazione può forse garantire la massimizzazione del benessere "aggregato", ma non assicura una distribuzione equa di opportunità e benefici.

Il tema dell'equità distributiva è notoriamente cruciale, in materia di tutela ambientale.

Parametro obbligato, per il giurista, è ancora una volta il principio di sviluppo sostenibile, perno del diritto ambientale sia nell'ordinamento nazionale che in quello europeo, secondo il dettato dell'art. 11 del TFUE.

Esso impone il rispetto di un criterio di equità, intragenerazionale ed intergenerazionale[48].

Il divario nella distribuzione della ricchezza e il conflitto che normalmente accompagna le questioni ambientali aumentano il peso delle finalità di giustizia e impediscono che la ricerca di soluzioni equitative sia posposta al perseguimento di un'efficienza promossa da meccanismi decisionali pensati per intercettare la capacità di pagare, piuttosto che i bisogni[49].

Peraltro, le future generazioni non hanno per definizione modo di esprimere disponibilità a pagare o di partecipare alle transazioni incidenti sui beni ambientali che impegnano le generazioni attuali, sicché la ponderazione dei loro

[46] Così H.E. Daly, *Oltre la crescita*, cit., 67.

[47] H.E. Daly, J. Farley, *Ecological Economics*, cit.

[48] Per tutti, F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, 2010.

[49] E. Gómez-Baggethun, R. Muradian, *In markets we trust?* cit.

interessi e delle loro prerogative è operazione che ancora una volta postula un giudizio collettivo, irriducibile a logiche paretiane.

Considerato poi che l'efficienza allocativa, il rispetto dei limiti di scala e l'equità distributiva sono obiettivi che entrano facilmente in conflitto, anche la scelta dei criteri di bilanciamento chiama in causa stime necessariamente politiche[50].

In breve, l'intervento pubblico in materia ambientale esige valutazioni multidimensionali, parte delle quali non sono delegabili al mercato.

In questo articolato dominio l'efficienza costituisce soltanto uno dei possibili parametri di riferimento. Non meno cruciali sono l'adeguatezza ecologica, il rispetto di vincoli di scala e di criteri precauzionali, l'equità, il grado di accettabilità socio-politica[51].

4. *Pragmatismo*

Le considerazioni sin qui sviluppate, calcando le orme dei vari movimenti di pensiero messi a confronto, corroborano l'intuitiva percezione del fatto che tanto la pretesa di osteggiare e di arginare il mercato come se fosse la radice del degrado ambientale, quanto la pretesa simmetrica di elevare il mercato a panacea, sono poco persuasive.

Inducono semmai a pensare al mercato come a una "dimensione", all'interno della quale – piaccia o non piaccia – di fatto vengono quotidianamente a materializzarsi scelte che, nell'insieme, impattano sull'ambiente.

> «Dato che i mercati per molti beni e servizi ambientali non esistono o sono incompleti, i produttori e i consumatori ricevono segnali di prezzo fuorvianti».

Leggere il passaggio, tratto dalla Comunicazione della Commissione Europea su «l'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica»[52] come se veicolasse il preconcetto suggerimento di confidare nel mercato, opportunamente corretto, per risolvere la questione ambientale, sarebbe a mio avviso riduttivo e sviante.

Penso invece che il brano inviti a considerare, più laicamente, la necessità di impedire che un sistema dei prezzi falsato dalla sottovalutazione delle variabili ambientali provochi danno.

Questa visione pragmatica sollecita il ricorso a dispositivi giuridici che sappiano instillare la variabile ambientale nei quotidiani processi di scambio, che

[50] H.E. Daly, *Oltre la crescita*, cit.

[51] K. Mathis, *Sustainable Developement, Economic Growth and Environmental Regulation*, cit.

[52] Bruxelles, 20.9.2000, COM(2000) 576 def.; in termini equivalenti, si veda, tra i molti documenti, 7° Programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020, cit.

abbiano una capacità di penetrazione sufficiente a condizionare micro-decisioni e preferenze che si esprimono capillarmente e che sono determinanti, per il successo dell'azione di difesa dell'ecosistema, ma che sono sostanzialmente inaccessibili, al consueto modulo autoritativo e provvedimentale.

Vorrei concludere il paragrafo con due citazioni, scelte per la loro immediatezza, nel rendere lo spirito del ragionamento che mi sono sforzato di trasmettere.

La prima è tratta dal lavoro di Peter Barnes, Capitalismo 3.0:

> «Qualsiasi misura che semplifichi la vita dei dirigenti d'azienda è buona, a mio modo di vedere: non solo per gli affari ma anche per la natura e la società nel loro complesso. Ed è buona perché le cose che sono semplici per i manager verranno fatte, e anche rapidamente, mentre quelle complicate non verranno mai portate a termine. In questo momento abbiamo bisogno di trovare un'armonia tra le nostra attività economiche e la natura. E dobbiamo farlo in fretta e al minor costo possibile. Se per i manager è più semplice agire tramite i prezzi, allora diamo loro prezzi, non regolamenti o prediche»[53].

La seconda citazione è tratta dal brano con cui Daniel Etsy ha aperto il noto rapporto del *Worldwatch Insitute*, sullo stato del pianeta, nell'anno 2008:

> «Una traiettoria ambientale fondamentalmente diversa richiede innovazioni tecnologiche di altrettanta importanza. Come promuovere le innovazioni in questo campo? La risposta è sempre più evidente: ricorrendo agli investimenti del settore privato, stimolati da incentivi di mercato pianificati attentamente. Un processo di sviluppo tecnologico che dipenda da qualche migliaio di funzionari statali e governativi che stabiliscano gli standard e definiscano 'le migliori tecnologie disponibili' non potrà presumibilmente approfondire, né tanto meno immaginare, tutte le soluzioni che sarà necessario escogitare e mettere alla prova. Molto più saggio passare il testimone dell'azione alla comunità imprenditoriale, facendo sì che le imprese ricevano incentivi in cambio di un impegno di vasta portata per il progresso. Il settore privato dispone di capitali ben più consistenti da dedicare allo sviluppo tecnologico. Parliamo di centinaia di miliardi di dollari: centinaia di miliardi, ripeto, non di milioni, che è poi quel che stati e governi potrebbero spendere»[54].

Non voglio con questo capovolgimento di prospettive sminuire l'importanza del significato simbolico e culturale che le risposte ordinamentali ai problemi ambientali possono trasmettere alla società, né disconoscere l'urgenza di una più profonda trasformazione dei modelli di produzione e consumo al momento imperanti.

---

[53] P. Barnes, *Capitalismo 3.0* (trad. it.), Milano, 2007, p. 147.

[54] D.C. Esty, *Foreword* to *State of the World 2008. Innovations for a Sustainable Economy*, Worldwatch Institute, 2008, XV.

Una riconversione dell'economia va senza dubbio promossa, ma sarebbe irragionevole confidare in cambiamenti istantanei.

Nel frattempo ben vengano le contromisure praticabili, quantunque non perfette.

In breve e in conclusione: nel bene o nel male, non si tratta di mercificare l'ambiente, semmai di ecologizzare il mercato, il tipo di mercato col quale, almeno per il momento, occorre fare i conti.

5. *Analisi economica del diritto ed efficienza: da fine a mezzo*

L'indisponibilità a consegnare all'analisi economica il compito di orientare le finalità del diritto ambientale, come vorrebbe la concezione più radicale, di sapore neoliberista, evocata nei primi paragrafi, non comporta il disconoscimento del contributo analitico che l'economia è in grado di offrire al giurista, quando si tratti di misurare l'efficacia e l'efficienza degli strumenti adoperati, in vista degli obiettivi politicamente prestabiliti.

Come ho ricordato nell'introduzione, non mancano, tra gli studiosi di *law and economics,* autori che muovono da premesse ragionevoli, non sottovalutano affatto costi e benefici non quantificabili, accordano importanza centrale alle istanze di equità distributiva e di giustizia, concentrano l'attenzione proprio sulle imperfezioni del mercato, sconfessano l'egemonia del criterio dell'efficienza e si guardano bene dal postulare la necessità di un ruolo prescrittivo dell'economia[55].

Per apprezzare il contributo costruttivo che questo diverso tipo di analisi economica è in grado di offrire al lavoro giuridico credo sia sufficiente la disponibilità a valorizzare un metodo di ricerca orientato alle conseguenze, in prospettiva teleologica[56].

Il giurista disposto a pensare alle norme e ai dispositivi giuridici come a strumenti volti ad indirizzare e governare comportamenti non troverà difficile scorgere utili punti di contatto con la teoria economica, il cui nucleo tratta precisamente i processi di scelta, individuali, interattivi, collettivi[57].

---

[55] Esemplari, in questo spirito, G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile* (trad. it.), Milano, 1975; Id., *The Future of Law and Economics*, cit.; G. Calabresi, A.D. Melamed, Pro*perty rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 85, 1089 ss.; G.L. Priest, *The Modern Expansion of Tort Liability: Its Sources, Its Effects, and Its Reform*, *Journal of Econ. Perspectives*, 1991; G. Calabresi, F. Bobbit, *Scelte tragiche* (trad. it.) Milano, 1986; F. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; Id., *Tendenze e prospettive*, cit.

[56] Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996; S.E. Landsburg, *L'economista in pantofole*, Milano, 1995.

[57] Vale peraltro la pena di notare che l'evoluzione del pensiero di R. Posner – forse il più autorevole e celebrato esponente della fazione più intransigente e radicale, nel propugnare l'egemonia degli obiettivi di effi-

Le categorie analitiche della scienza economica possono offrire all'interprete – non sempre e di principio, bensì in concreto, secondo la natura dei problemi e dei contesti – strumenti utili ad affinare le attitudini predittive, la capacità di anticipare le plausibili risposte dei consociati al vincolo legale.

Trattasi di prospettiva che non sminuisce né erode i margini di politicità o i giudizi di valore che le decisioni giuridiche talora reclamano.

È più facile accada che la salvaguardia dei valori sia in concreto compromessa proprio da quegli enfatici appelli all'autonomia del diritto o alla supremazia della scelta politica che si risolvono in chiusura autoreferenziale.

Esemplificando, Guido Calabresi, nei menzionati lavori sulla responsabilità, propone un ordinamento logico dei sistemi di prevenzione.

Ad un estremo egli colloca la c.d. prevenzione collettiva, che si esprime attraverso divieti, obblighi e meccanismi sanzionatori basati su valutazioni pubbliche e scelte accentrate, come ad esempio accade in materia penale.

In posizione speculare opera il modello della prevenzione c.d. di mercato, che non si preoccupa di proibire o di prescrivere, quanto piuttosto di far sì che coloro i quali svolgono un'attività ne sopportino tutti i costi, nella fiducia che tanto basti a scoraggiare scelte atte a generare perdite maggiori dei benefici.

A metà strada cadono i dispositivi misti, quelli cioè che si basano su una mescolanza di scelte collettive e di valutazioni personali di convenienza, improntate a logiche di mercato[58].

Mappato il territorio, l'analisi economica di Guido Calabresi si concentra sulla valutazione comparata dei pregi e dei difetti dei vari metodi e sulla verifica del loro grado di efficienza e di efficacia nel perseguire gli obiettivi stabiliti dal legislatore.

L'armamentario giuridico funzionale alla salvaguardia dell'ambiente può essere ordinato abbastanza agevolmente all'interno di questa griglia[59].

---

cienza economica – lascia trapelare i sintomi di una trasformazione della metodologia in senso anti-fondazionalista, scettico sulla razionalità dell'ordinamento, pragmatico nel proporre espedienti e rimedi, secondo alcuni post-moderno. Si leggano R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard, 1993; Id, *Overcoming Law*, Harvard, 1996; a commento, E. Kreckè, *Economic analysis and legal pragmatism*, cit.; D.T. Ostas, *Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the pragmatic visions of R.A. Posner*, American Business Law Journal, 1998, 36, 193-220; G. Zaccaria, *Una teoria di pragmatismo prescrittivo. Sulla jurisprudence di Richard A. Posner*, in *Diritto privato*, 1995, 451 ss.

[58] Un esempio è offerto dalla disciplina della responsabilità civile per colpa. La componente collettiva della prevenzione è messa in evidenza dal fatto che trattasi di istituto che entra pur sempre in azione al cospetto della violazione di divieti o di obblighi; la componente di mercato è invece resa visibile dalla possibilità di trasferire e di gestire negozialmente la sanzione, mediante l'acquisto di una polizza assicurativa; in qualche modo un comando viene unito a una possibilità di reazione che è di mercato. Su tutto ciò, G. Calabresi, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in AA.VV., *Analisi economica del diritto*, cit., 496 ss.

[59] Riprendendo M. Cafagno, *Principi e strumenti*, cit., 399 ss. e rinviando alla bibliografia ivi menzionata, ricordo che la strumentazione c.d. di comando e controllo – standard, obblighi, divieti, accompagnati da sanzioni, col corredo del necessario sistema di controllo – è tipicamente un meccanismo di prevenzione collettiva.

Riprendere lo schema e sfruttarlo per comparare vantaggi e svantaggi degli istituti, in termini di efficienza (variabile che comunque non può essere sottovalutata, in un settore del diritto che eleva ad imperativo precisamente il contenimento degli sprechi)[60] o in relazione alle diverse finalità eventualmente giudicate prioritarie, in sede di decisione politica, è operazione ideologicamente neutra, che non rivendica alcuna fede nella superiorità del mercato ed è comunque utile, posto che di fatto il vigente diritto nazionale ed internazionale ha già previsto una gamma diversificata di rimedi, la cui scelta o il cui concreto affinamento sono spesso rimessi a decisioni amministrative.

Seguitando con cenni esemplificativi, è ragionevole supporre che non competa alla teoria economica definire l'astratto ordine d'importanza dei potenziali scopi della responsabilità per danno all'ambiente, stabilendo in via di principio se gli

---

Sul versante alternativo, della prevenzione di mercato o mista, si situano gli strumenti cosiddetti economici, che possono a loro volta essere ordinati secondo il livello di intensità nell'uso della forza pubblica.

Partendo dal livello più basso, troviamo i rimedi che assolvono ad un compito che potremmo definire di "disseminazione informativa"; l'ordinamento non obbliga, non vieta, e l'amministrazione pubblica si limita ad agire per abbattere costi di transazione, ostacoli alla negoziazione in larga misura dipendenti da una distribuzione insufficiente o asimmetrica dell'informazione. Tramite certificazioni ambientali, ad esempio, l'amministrazione esplica un'azione assai poco intrusiva, finalizzata a consolidare la credibilità e i requisiti reputazionali di coloro che offrono le merci ai consumatori interessati a prodotti che abbiano un impatto sull'ambiente meno grave. Ad un raziocinio affine possono essere ricondotti gli accordi ambientali che ambiscono ad accrescere la fiducia nelle affermazioni o negli impegni annunciati dall'impresa.

Al gradino successivo possiamo posizionare appalti verdi, i già menzionati pagamenti per i servizi ecosistemici, le misure di *nudge* ambientale.

Ricalcando la classificazione contenuta dal libro verde che la Commissione Europea ha dedicato nel 2007 agli strumenti economici a protezione dell'ambiente, subito dopo i rimedi volontari troviamo una seconda famiglia di istituti che comporta un ricorso più intenso al potere pubblico, ma che tuttavia seguita a posizionarsi nell'alveo della prevenzione di mercato, in quanto sostanzialmente funzionale alla correzione dei segnali di prezzo correnti, affinché giungano ad includere costi e benefici ambientali. Questi istituti si producono nello sforzo di materializzare un valore economico, di rendere economicamente apprezzabile l'uso di risorse che altrimenti sarebbero gratuite e accessibili liberamente. Un modo semplice di attuare la strategia è quello di innalzare i costi dei comportamenti che hanno un impatto negativo sull'ambiente; la tassazione ecologica risponde a questo tipo di principio: anziché ricorrere a standard e divieti, accompagnati da sanzioni e controlli, si può rendere più oneroso l'impiego di una risorsa attraverso un'imposizione. In una logica affine è possibile guardare alla responsabilità per danno all'ambiente, abbinata a meccanismi assicurativi.

Possiamo qui menzionare anche strumenti diversi dalle tasse in senso stretto, come ad esempio le tariffe per i servizi idrici o per il trattamento di rifiuti, la cui disciplina si presti ad associare allo sfruttamento delle risorse ambientali un prezzo o comunque un onere economico supplementare.

Simmetrico rispetto allo strumento della tassazione ecologica è l'espediente di premiare i comportamenti virtuosi, tramite sussidi. La categoria include tanto gli aiuti ambientali in senso stretto, quanto le misure di sostegno che sono in realtà finanziate dai consumatori o dagli utenti. Il settore delle fonti rinnovabili offre delle esemplificazioni molto facili ed attuali, come tariffe *feed-in* o certificati verdi.

Un ultimo gruppo di istituti catalogabili tra gli strumenti di mercato opera sulla quantità, piuttosto che sul prezzo. L'esempio scontato è quello dei permessi negoziabili. Trattasi di meccanismo per certi aspetti rovesciato, rispetto alle imposte ecologiche, ove la mano pubblica definisce il prezzo delle risorse ecosistemiche, mentre il mercato trova le quantità passibili di sfruttamento. Nel caso dei permessi la mano pubblica definisce la quantità, mentre il mercato trova il prezzo.

[60] J. Farley, H. Washington, *Circular Firing Squads: A Response to 'The Neoclassical Trojan Horse of Steady-State Economics' by Pirgmaier, Ecological Economics*, 2018, 147, 442-449.

obiettivi di prevenzione e di orientamento delle condotte debbano o meno prevalere su istanze solidaristiche o su propositi di socializzazione dei costi del rispristino.

Tuttavia lo strumento economico può aiutare a comprendere – a prescindere da giudizi di valore e anzi a beneficio della formazione di giudizi più consapevoli – quale azione dissuasiva o quali effetti distributivi possa in concreto prefigurare, nelle varie classi di situazioni di vita, un certo modo di intendere la responsabilità o qualche sua componente costitutiva, tenendo magari conto delle differenti opportunità di proiezione dei costi del danno o del risarcimento su soggetti terzi, attraverso politiche di prezzo o di accesso all'assicurazione, alla portata delle varie categorie di potenziali vittime od offensori.

Ancora, le opere di Elinor Ostrom hanno ampiamente mostrato[61] lungo il fecondo percorso critico che ha preso le mosse da Garrett Hardin[62] che le variabili sulle quali si incentra la scienza economica, nel classificare i beni, possono orientare i criteri di costruzione dei meccanismi di gestione e di governo delle risorse comuni, prestando la dovuta attenzione alle loro proprietà e alle consuetudini delle comunità che vi si raccolgono intorno[63].

I molti lavori che, sulle orme di Coase[64] e di Williamson[65], trattano di costi di transazione e contratti incompleti, porgono categorie analitiche che possono fornire un aiuto prezioso agli enti pubblici interessati, ad esempio, ad assegnare o perfezionare contratti di fiume, concessioni idriche[66] o accordi amministrativi propedeutici all'istituzione di un sistema di pagamento dei servizi ecosistemici.

Abbondano poi i contributi di teoria dei giochi e di economia comportamentale che, anche in materia ambientale, lasciano intravedere promettenti opportunità di affinamento delle lenti con cui osservare condotte umane e istituti giuridici, affrancando gli studi di *law and economics* dalle semplificazioni caratteristiche dei modelli microeconomici della prima ora[67].

---

[61] Scontato il rimando a E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990; aggiungo, tra i molti scritti, Id., *Understanding Institutionl Diversity*, Princeton, 2005.

[62] G. Hardin, *The tragedy of the commons, Science,* 1968, 162, 1243 ss.

[63] J. Farley,R. Costanza, *Payments for ecosystem services: From local to global*, cit.

[64] Una parte dei cui lavori è stata tradotta in italiano nell'antologia R. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, cit.

[65] Basti ricordare O.E. Williamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali* (trad. it.) Milano, 1992, 87 ss.; Id., *L'organizzazione economica* (trad. it.), Bologna, 1986, 135 ss.

[66] Per un'analisi delle specificità di questi istituti giuridici, si veda la ricca ed articolata analisi di E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012.

[67] In tema si veda la registrazione dell'intervento P. Trimarchi, presso l'Università degli studi di Trento, del 15 aprile 2015, su *L'analisi economica del Diritto, oggi*, al momento disponibile all'indirizzo https://www.youtube.com/watch?v=bMBwyoW_gC0; tra gli abbondantissimi scritti consigliabili, a titolo puramente esemplificativo, C. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in C. Sunstein (a cura di), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge, 13-58; D. Kahneman, *Pensieri lenti e pensieri veloci* (trad. it.), Milano, 2012; OECD, *Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights*, cit.; F. Patro-

La panoramica dei possibili contatti e delle occasioni di approfondimento potrebbe proseguire, ma confido di aver isolato l'idea generale che mi premeva trasmettere con gli esempi: lungi dal ridurre il ragionamento legale a parodia di quello economico, il tipo di approccio interdisciplinare che trovo persuasivo, oltre ad informare le scelte di politica legislativa, può soccorrere il magistrato o il funzionario pubblico nello sforzo di capire quale soluzione interpretativa o quale opzione amministrativa, tra quelle ammesse dal dato testuale e sistematico, sia più consona al raggiungimento del fine perseguito dall'ordinamento, qualunque esso sia.

Trattasi di apertura disciplinare che – sebbene per certi aspetti minimalista, in quanto funzionale alla risoluzione di problemi "locali", piuttosto che alla costruzione d'improbabili metanarrazioni – non si accontenta di concepire il diritto come un sistema di concetti e di formule conchiuso e autosufficiente.

La legge di varietà minima necessaria, coniata dal celebre studioso di cibernetica Ross Ashby, ricorda che un sistema di controllo deve possedere un grado di assortimento e di flessibilità proporzionato al sistema che pretende di controllare[68].

Di questa legge intravedo i riflessi nel titolo di un conosciuto lavoro di Elinor Ostrom, cui consegno la battuta finale del ragionamento: «Né mercato né stato nella gestione delle risorse collettive»[69].

Nessuno dei due è autosufficiente, ma entrambi occorrono, perché i pregi dell'uno valgono a compensare i limiti dell'altro.

Come accade al diritto e all'economia.

---

ne, *Decisori (razionali) interagenti. Una introduzione alla Teoria dei Giochi*, Pisa, 2006; C. Carraro, V. Fragnelli, E. Elgar (a cura di), *Game Practice and the Environment*, in *Series on Economics and the Environment*, 2004.

[68] W. Ross Ashby, *An Introduction to Cybernetics,* London, 1956 (*http://pcp.vub.ac.be/books/IntroCyb.pdf*), 202 ss.; approfondimenti in Y. Bar Yam, *Multiscale Variety in Complex Systems, Complexity*, 2004, Vol 9, Issue 4, 37-45.

[69] E. Ostrom, *Nè mercato nè stato nella gestione delle risorse collettive*, in *La Questione Agraria*, 1996, 64, 7 ss.

Maurizio Cafagno - Abstracts

Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metamorfosi e pragmatismo

Differenti concezioni dell'analisi economica del diritto si prestano a suggerire differenti visioni del rapporto tra mercato e ambiente. La prima parte dello scritto, in sintonia coi capisaldi della "econonomia ecologica", analizza, in chiave critica, fondamenti e debolezze del cosiddetto ambientalismo di mercato; la seconda parte del lavoro, in chiave costruttiva, suggerisce opportunità alternative di integrazione tra diritto e analisi economica, ispirate al pensiero di Guido Calabresi. Tesi di fondo è che il metodo "*law and economics*", in materia ambientale, sia utile soprattutto all'affinamento degli strumenti dell'intervento pubblico, in vista del raggiungimento di finalità che sono appannaggio di valutazioni collettive e politiche.

Economic analysis of the law and the environment. From metamorphosis to pragmatism

Differing views of "law and economics" suggest different visions of the relationship between market and the environment. The first part of the paper analyses the foundations and weaknesses of so-called market environmentalism from a critical key, drawing inspiration from the cornerstones of "ecological economics"; the second part of the work, in a constructive key, suggests an alternative opportunity of integration between law and economic analysis, inspired by the thought of Guido Calabresi. The basic thesis is that, in environmental matters, "law and economics" is a useful method for refining the tools of public intervention in order to achieve goals that, however, remain the prerogative of collective and political evaluations.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 179-209

Articoli e saggi

Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici

Andrea Maltoni

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'interesse pubblico come interesse extrasociale nelle società a partecipazione pubblica secondo l'impostazione dottrinale tradizionale. – 3. L'apertura dell'interesse sociale ad una molteplicità di interessi. – 4. Il limite "interno" dell'interesse sociale derivante dall'esercizio di un'attività di impresa. – 4.1. *Segue*: Limiti "esterni" al perseguimento dell'interesse sociale in imprese in forma societaria a partecipazione pubblica. – 5. La delimitazione dell'oggetto sociale degli enti societari a partecipazione pubblica nella disciplina del testo unico e l'individuazione dei modelli organizzativi per la gestione delle attività sociali. – 5.1. *Segue*: la valutazione *ex ante* dell'interesse pubblico nella fase costitutiva della società o in quella deliberativa di assunzione di una partecipazione societaria. – 5.2. *Segue*: la valutazione in ordine alla conformità dell'attività svolta dalla società partecipata all'interesse pubblico successivamente alla costituzione o all'acquisizione della partecipazione. – 6. Altri strumenti (contrattuali) conformativi delle attività indicate nell'oggetto sociale a finalità di interesse pubblico. – 7. Il controllo esercitato dagli amministratori nominati ai sensi dell'art. 2449 c.c. e la compenetrazione dell'interesse pubblico nell'interesse sociale. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa*

Nell'affrontare il tema che qui ci occupa, ovvero quello del rapporto tra impresa in forma societaria partecipata da p.a. e perseguimento dell'interesse pubblico, occorre premettere che non si farà riferimento a quell'ampia gamma di società 'legali' – ovvero 'coattive' od 'obbligatorie'[1] – e di società di diritto singo-

[1] Per riprendere la nota tripartizione, delineata da C. Ibba, *Le società legali*, Torino, 1992, nota 2 e 41 ss., appartengono alla categoria della "società legali", le società coattive (nelle quali la fonte del rapporto sociale è costituita dalla legge) e le società "obbligatorie" (ossia quelle nelle quali la legge costituisce la fonte di un obbligo per i soggetti individuati dalla legge di costituire o concorrere alla costituzione della società), mentre le socie-

lare[2] presenti nel nostro ordinamento, bensì soltanto alle società a partecipazione pubblica di fonte negoziale, c.d. chiuse, ossia che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. A queste ultime – stante la salvaguardia delle normative speciali di disciplina delle società legali e di quelle a statuto singolare[3], desumibile *ex* art. 1, comma 4, d.lgs. n. 175/2016[4] (d'ora in poi T.u.s.p.p.), nonché la mancata abrogazione di gran parte delle disposizioni contenute nelle stesse, *ex* art. 28, T.u.s.p.p. – fa riferimento quel blocco di disposizioni contenute nel testo unico che, come si evidenzierà, costituiscono un nucleo di regole comuni. Sebbene si tratti di disposizioni applicabili per lo più alle amministrazioni pubbliche – in quanto incidono propriamente sulla loro capacità di diritto privato, segnatamente quella di porre in essere contratti di società e di addivenire alla conclusione di contratti aventi ad oggetto l'acquisizione di partecipazioni societarie[5] – a nostro avviso le stesse inducono a riconsiderare, su rinnovate basi, il rapporto tra interesse sociale e interesse pubblico nelle società a partecipazione pubblica[6], che, in ultima analisi, sembra comportare una riconfigurazione della strumentalità del modulo societario rispetto all'interesse pubblico perseguito.

Le società a partecipazione pubblica[7] – ovviamente senza considerare quelle a statuto speciale e singolare – non costituiscono una distinta categoria, essendo a tutti gli effetti riconducibili ai tipi societari previsti dal codice civile, *rectius*

---

tà "autorizzate" sono costituite per volontà delle parti, le quali, per disposizione di legge, non possono determinare in parte il contenuto del contratto.

[2] Si tratta di società disciplinate da leggi provvedimento, ovvero società che sono di solito nominativamente individuate, sul punto si v.: C. Ibba, *op. cit.*, nota 2, 17 ss., 121 ss., nonché ID, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, VIII, Torino, 1992, 523 ss.

[3] Sottolineano che uno dei tratti comuni a dette società è individuabile nella «definizione dell'interesse pubblico come unico oggetto sociale», M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli, M. Dugato, Torino, 2008, spec. 8. A queste imprese in forma societaria può forse riferirsi quanto in passato era stato prospettato in relazione alla nozione di impresa pubblica, ovvero che quest'ultima non poteva considerarsi espressione della libertà di associazione dal momento che essa costituiva un mero strumento organizzativo rispetto all'interesse pubblico perseguito, si v. F. Benvenuti, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. soc.*, 1962, spec. 214-215.

[4] All'art. 4, comma 1, lett. a), T.u.s.p.p. si stabilisce che «Restano ferme: a) le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse».

[5] Su cui sia consentito rinviare ad A. Maltoni, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in *Il diritto amministrativo in trasformazione per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino, 2016, 189 ss., spec. 218 ss.

[6] Sussiste una partecipazione pubblica, a norma dell'art. 2, comma 1, lett. f) T.u.s.p.p., quando una p.a. sia titolare di rapporti comportanti la qualità di socio oppure di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi.

[7] Sono tali, in base all'art. 2, comma 1 lett. n), T.u.s.p.p., «le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico».

a quelli espressamente richiamati dalla disciplina speciale[8]. Si è in tal modo fortemente ridotto il tasso di specialità, almeno in prospettiva, delle società a partecipazione pubblica, sempre che il legislatore non preferisca continuare a forgiarne di nuove a statuto speciale o singolare.

Per l'altro, fatte salve le numerose fattispecie societarie escluse in tutto o in parte dall'applicazione delle disposizioni contenute nel testo unico, si è definito, per la prima volta, in modo puntuale il perimetro dell'oggetto sociale di dette società[9]. In tale prospettiva, va tuttavia rilevato come, circoscrivendo gli ambiti di intervento delle società a partecipazione pubblica, si siano delimitate in modo rigido le ipotesi in cui è possibile fare ricorso allo strumento societario.

Per quanto le disposizioni del testo unico dettino una disciplina di carattere speciale con riferimento soprattutto ai poteri del socio pubblico[10], l'individuazione di un doppio vincolo attinente all'oggetto delle società a partecipazione pubblica ci sembra che finisca per determinare un effetto conformativo dell'interesse sociale.

Occorre inoltre considerare che alcuni limiti, in ordine all'utilizzo dello schema societario per il perseguimento di interessi pubblici, sono desumibili dalla normativa europea e da quella nazionale applicabili alle imprese.

2. *L'interesse pubblico come interesse extrasociale nelle società a partecipazione pubblica secondo l'impostazione dottrinale tradizionale*

È noto il dibattito che vi è stato in passato tra i sostenitori rispettivamente delle teorie istituzionalistiche[11] e di quelle contrattualistiche in ordine all'interes-

[8] In particolare, all'art. 3, comma 1 T.u.s.p.p. si prevede che le p.a. «possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa». Occorre altresì tener conto che a norma dell'art. 1, comma 3: «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Come è stato osservato dalla dottrina giuscommercialista (si v. M. Stella Richter jr., *Art. 3*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Milano, 2018, 158), l'art. 3 comma 1 T.u.s.p.p., nel consentire soltanto certe partecipazioni, «pone in realtà un divieto con riferimento a quelle negli altri tipi sociali». Più precisamente, – come sottolinea il medesimo A. (si v. M. Stella Richter jr., *op. cit.*, 155) – si è inteso precludere alle p.a. la possibilità di detenere partecipazioni che comportino l'assunzione di una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, in tal senso si v. anche: M. Sciascia, *Il potere organizzatorio delle pubbliche amministrazioni nell'ambito dell'azionariato pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, spec. 1951.

[9] Si v. in particolare: l'art. 4, commi 3, 6, 7, 8, 9 nonché l'art. 26, commi 2, 4, 5, 6, 7 del T.u.s.p.p.

[10] Si v., con riferimento a detta prospettiva di analisi delle società a partecipazione pubblica, G. M. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli 2016.

[11] Per una recente riproposizione di una concezione istituzionalistica della società per azioni, si v. M. Libertini, A. Mirone, P.M. Sanfilippo, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379 ter*, Milano, 2016, XIII ss.

se sociale[12], da individuarsi nell'interesse comune dei soci[13]. Parimenti risalente nel tempo è l'osservazione secondo cui la partecipazione dello Stato e di altri enti pubblici a società per azioni trova fondamento in ragioni di interesse pubblico[14]. In dottrina non si mancò altresì di rilevare come l'interesse pubblico dello Stato o di altro ente pubblico, in quanto interesse di un azionista, appaia configurabile alla stregua di un interesse extrasociale[15]. Ciò, in quanto, come fu osservato, se la società viene costituita per svolgere un'attività di impresa «l'accordo si forma con riguardo a tale attività e non direttamente allo scopo pubblico eventualmente comune»[16].

Per quanto i fini pubblici perseguiti mediante l'azionariato pubblico potessero essere della più varia specie[17], come rilevò Vittorio Ottaviano, occorreva distinguere le società partecipate a seconda che l'interesse pubblico operasse all'esterno ovvero all'interno della società; situazione, quest'ultima, che si riteneva configurabile soltanto allorquando l'interesse pubblico investisse l'oggetto dell'attività sociale ovvero la partecipazione dell'ente pubblico fosse prevista non a titolo privato bensì in base ad un'apposita disposizione di legge, la quale avesse stabilito l'obbligo di detenere una partecipazione pubblica maggioritaria ovvero di istituire enti col compito di «assumere partecipazioni in società al fine di sviluppare certi settori di attività», ovvero di costituire «una società in relazione ad un determinato interesse specificato dalla legge»[18].

Giova altresì rilevare come successivamente, forse tenendo conto di detta partizione, la giurisprudenza amministrativa, nell'intento essenzialmente di

[12] Si v. per una ampia ricostruzione del dibattito che si è avuto anche in altri ordinamenti, fin quasi agli anni '60 del secolo scorso, A. Mignoli, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725 ss.

[13] Interesse che è stato ricostruito in dottrina come interesse comune «in senso oggettivo ed astratto» o come interesse del socio medio o come interesse dei soci nell'ambito della collaborazione tra gli stessi, ma sempre nel rispetto dell'obbligo di non recare danno alla società nel perseguimento di un interesse extrasociale, si v. sul punto P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1963, 178 ss.

[14] Si v. *ex multis*: M. Fragali, *Concetto e natura delle società d'economia mista*, in *Studi in onore di M. D'Amelio*, II, Roma, 1933, 189; R. Ravá, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 325.

[15] Si v. G. Sena, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 58; A. Mignoli, *op. cit.*, 752.

[16] Si v. sul punto: V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1044, ad avviso del quale l'interesse pubblico non poteva che risultare extrasociale, tenuto conto che se l'accordo tra i soci si forma in relazione all'interesse pubblico non può che rimanere «fuori dal contratto di società vero e proprio, giacché altrimenti non si avrebbe una società privata ma un ente destinato direttamente a un fine pubblico, quindi esso stesso pubblico». Inoltre, come osservò T. Ascarelli, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 1013, le società a partecipazione pubblica e privata costituiscono una "formula insincera", dal momento che gli enti pubblici divengono soci soltanto allo scopo di contribuire ad un equilibrato sviluppo economico del paese, di tal che il perseguimento di dette finalità dovrebbe più propriamente avvenire facendo ricorso allo strumento organizzativo dell'ente pubblico economico.

[17] Per l'osservazione che con l'azionariato di Stato si perseguivano diverse finalità, che non (o non necessariamente) coincidevano con quelle degli operatori privati, si v. M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 264 ss.

[18] Si v. V. Ottaviano, *op. cit.*, 1028 ss.

distinguere tra forma privatistica e sostanza pubblicistica delle società partecipate, abbia affermato che se, da un lato, «ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto, la forma societaria è neutra ed il perseguimento di uno scopo pubblico non è in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c.», dall'altro, assume specifico rilievo sul piano giuridico il fatto che la trasformazione di enti pubblici in società per azioni sia avvenuta *ex lege* e non abbia fatto venir meno «le connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica», continuando le stesse «ad essere affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici la cui tutela non può risultare soppressa solo in conseguenza del mutamento della veste formale del soggetto giuridico che per il resto mantiene inalterate le proprie funzioni e quindi la propria connotazione pubblicistica»[19].

3. *L'apertura dell'interesse sociale ad una molteplicità di interessi*

Occorre ancora osservare come, con riferimento alle società a partecipazione pubblica e privata, costituite su base negoziale, la dottrina maggioritaria sia sempre stata propensa a ritenere che, persino nell'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 2449 c.c. (*ex* art. 2458 c.c.), allo Stato o ad altro ente pubblico fosse stato attribuito – in base ad un'apposita previsione statutaria – un potere di nomina e revoca in via diretta di una parte dei componenti degli organi sociali[20], l'interesse pubblico dovesse essere qualificato come un interesse extrasociale[21].

---

[19] Si v. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1206, ma in termini sostanzialmente coincidenti anche: Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2001 n. 1303; ID, 17 settembre 2002, n. 4711 e già prima ID, 20 maggio 1995, n. 498, nelle quali è stata richiamata la nota decisione della Consulta sulla sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici privatizzati (Corte cost. n. 466/1993), tutte in *www.giustizia-amministrativa.it.* Per un'efficace critica a tale orientamento giurisprudenziale si v. F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 239 ss., spec. 243 ss.

[20] Disposizione che certamente deve essere considerata derogatoria rispetto alla disciplina del diritto societario comune, in base alla quale si prevede che la nomina degli amministratori e dei sindaci, con cui si realizza la preposizione dei medesimi all'organo sociale, è deliberata in via esclusiva dall'assemblea dei soci, con la maggioranza dei voti che in essa si forma, si v. sul punto *ex multis*: A. Salafia, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o degli enti pubblici*, in *Le società*, 2001, 773.

[21] In tal senso, *ex multis*: A. Mignoli, *op. cit.*, 752-753; G. Minervini, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca borsa*, 1954, I, 718 ss.; G. Ferri*, Potere e responsabilità nell'evoluzione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 47; G. Graziani, *Partecipazioni pubbliche e società per azioni*, in *Riv. int. scienze econ. e sociali*, 1956, 407 ss.; P.G. Jager, *op. cit.*, 136; V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 164; V. Buonocore, *Note minime in tema di «stato imprenditore» a proposito di un libro recente)*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1972-1974, II, 1384 ss.; P. Abbadessa, *La nomina diretta di amministratori di società a parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, in *Impresa, ambiente p.a.*, 1975, I, 380; M.T. Cirenei, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, 556 ss.; N. Irti, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico giuridico)*, in *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, a cura di P.G. Marchetti, Milano, 1995, 36. Ad avviso invece di G. Di Chio, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv., sez. comm*, vol. XIV, Torino, 1997, 169, «l'interesse pubblico non si contrappone all'interesse sociale, ma l'uno si integra con l'altro», nel senso che, tenendo conto di quanto previsto agli artt. 2458 e 2459

In dottrina non è mancato però chi, proprio argomentando dal contenuto della previsione di cui all'art. 2458 c.c. (si v. ora l'art. 2449 c.c.), ha sostenuto che, in virtù di detta «puntuale disposizione di legge», è individuabile «un vero e proprio interesse pubblico nella società, non semplicemente alla società»[22]. Inoltre, più di recente, è stato osservato come l'interesse sociale, in virtù della compenetrazione con l'interesse pubblico – quale interesse particolare del socio pubblico, che, in quanto tale, rimane estraneo alla comunione degli interessi dei soci – finisca per risultare "decolorato", in ragione del fatto che si apre ad una pluralità di scopi, tra cui appunto anche l'interesse pubblico perseguito dall'ente pubblico socio[23].

Secondo un'altra parte della dottrina occorre peraltro ricostruire l'interesse sotteso ai poteri di nomina in via diretta, *ex* art. 2449 c.c., come un «interesse pubblico solo indiretto o strumentale rispetto all'interesse pubblico "primario", che è all'attività sociale»[24].

La dottrina civilistica, di recente – per quanto anche in passato non sia mancata qualche voce isolata[25] – ha posto in rilievo come, da un lato, anche gli interessi dei soci privati possano risultare eterogenei, con la conseguenza di rendere difficile l'individuazione di un interesse comune[26], e, dall'altro, la società per azioni risulti idonea a garantire la coesistenza di una pluralità di interessi, anche tra loro contrastanti, tra i quali può annoverarsi un interesse pubblico[27].

---

c.c. «per interesse sociale deve intendersi non già quello tipico desumibile dallo schema causale legale del contratto di società, ma quello di diritto speciale che caratterizza il modello della società a partecipazione statale».

[22] Si v. sul punto: F.A. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 271, ove si precisa altresì – richiamando anche quanto sostenuto da G. Sena, *op. cit.*, 50 – che l'interesse pubblico, pur ponendosi al di fuori della società, ne condiziona la complessiva attività e si contrappone all'interesse comune dei soci per il fatto che costituisce un limite all'operare dei medesimi.

[23] Si v. G. Morbidelli, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 276.

[24] Si v. sul punto: A. Pericu, *Società di Capitali*, in *Commentario*, *sub artt.2449-2450*, a cura di G. Niccolini-A.Stagno D'Alcontres, III, Napoli 2004, 1298, che osserva altresì come l'interesse pubblico primario possa variamente concretarsi, con la conseguenza che anche l'interesse pubblico secondario risulterà diversamente declinato: «potrà così consistere nella mera presenza all'interno degli organi sociali in funzione di controllo, ovvero nella gestione effettiva dell'impresa con finalità più direttamente pubblicistiche».

[25] Ci si riferisce a G. Cottino, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale,* in *Arch. giur.*, 1965, spec. 71 ss., che propose di ricostruire l'interesse sociale come aperto al perseguimento, anche concorrente, di una pluralità di scopi. Il medesimo A., in particolare, osservò come occorresse distinguere le società a seconda che la partecipazione pubblica fosse totalitaria ovvero soltanto di controllo, rilevando come, nella prima ipotesi, «i fini perseguiti sono pubblici e non privati» e, nella seconda ipotesi, risultasse necessario realizzare «un compromesso tra gruppi eterogenei di interessi».

[26] Si v. C. Angelici, *Società per azioni e interessi pubblici*, in *Nuovi poteri e dialettica di interessi. Atti del LV convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 24-26 settembre 2009, Napoli, 2010, spec. 79 ss. In termini non dissimili, R. Weigmann, *Dalla società per azioni alla società per carati*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, a cura di P. Benazzo, S. Patriarca, G. Presti, Milano, 2003, 172, ha osservato come, con la riforma della disciplina societaria, si è realizzata una frantumazione dell'interesse sociale.

[27] Si v. C. Angelici, *In tema di «socio pubblico»*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, spec. 176-177.

4. *Il limite "interno" dell'interesse sociale derivante dall'esercizio di un'attività di impresa*

In passato si era dibattuto anche in ordine al fatto se fosse o meno compatibile con la causa lucrativa del contratto di società il perseguimento di un interesse pubblico in una società a partecipazione pubblica, ed autorevole dottrina aveva segnalato, per un verso, come la società a partecipazione pubblica, dovendo operare «in un'economia di mercato», sia tenuta anzitutto a «produrre con costi che possano sostenere la concorrenza»[28], per l'altro, che gli enti pubblici perseguono l'interesse pubblico «in modo coerente ai caratteri essenziali del mezzo giuridico adottato e nei limiti di questo: esso è tale che dovrà perseguirsi, quantomeno, in quanto impresa, l'autosufficienza economica»[29]. Per quanto, poi, siano state prospettate diverse nozioni del criterio di economicità[30], è certamente prevalsa l'opinione che esso debba essere inteso come regola di comportamento tendente al conseguimento di un utile, tesi che è stata accolta anche da chi ha ravvisato nello stesso l'elemento che connota in termini di specialità il modello della società a partecipazione pubblica[31].

Anche di recente è stato sottolineato dalla dottrina gius-commercialista che l'impresa (ivi compresa quella in forma societaria) è un'organizzazione a scopo vincolato, essendo rivolta al conseguimento di un profitto ovvero almeno a garantire l'economicità della gestione[32], mentre i giudici della Corte di Cassazione hanno posto in rilievo come alla nozione di imprenditore sia coessenziale non tanto lo scopo di lucro soggettivo, bensì una obiettiva economicità dell'attività esercitata, «intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi»[33]. Detta configurazione appare certamente riferibile anche alle società a partecipazione pubblica nella misura

[28] Si v. V. Ottaviano, *op. cit.*, 1035, il quale precisava altresì che detta società «deve agire in modo da potere soddisfare gli impegni assunti in confronto di terzi creditori, e ciò sia per il generale principio del rispetto della sicurezza del commercio, sia perché altrimenti rischia di cessare per liquidazione della sua attività, compromettendo il conseguimento dei fini pubblici per cui è sorta».

[29] Si v. al riguardo: F.A. Roversi Monaco, *op. cit.*, 272.

[30] Su cui si v. *ex multis*: G.P. Rossi, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, spec. 239 ss.

[31] Si v. G. Di Chio, *op. cit.*, 166.

[32] Si v. M. Libertini, A. Mirone, P. M. Sanfilippo, *op. cit.*, XXXIX.

[33] Si v. Cass., sez. I, 24 marzo 2014, n. 6835, in *Dir. & Giust.*, 2014; Cass., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in *Dir. & Giust.*, 2016; Cass., sez. II, 9 settembre 2016, n. 17845, in *De Jure Giuffré Banche dati*; Cass., sez. VI, 12 luglio 2016, n. 14250, in *Giust. civ. Mass* 2016. Inoltre, più di recente, si v.: Cass., sez. trib., 13 giugno 2018, n. 15461, in *Giust. civ. Mass.* 2018; Cass., sez. VI, 18 maggio 2018, n. 12171, in *De Jure Giuffré Banche dati*, nelle quali si rimarca che lo scopo di lucro non è elemento essenziale ai fini del riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo configurabile un'attività di impresa ogni qual volta sussista una obiettiva tendenziale economicità dell'attività esercitata, quanto meno nel medio lungo periodo, di tal che detta qualità risulta riferibile anche a società cooperative quand'anche essa operi solo nei confronti dei propri soci (si v. anche Cass., sez. I, 13 aprile 2017, n. 9567, in *Guida al diritto* 2017, 27, 64).

in cui le stesse siano da considerare imprese. Le disposizioni contenute nel testo unico del 2016 individuano una serie di regole e limiti che sono riferibili propriamente a (o presuppongono la sussistenza di) imprese in forma societaria.

Ciò, in definitiva, induce a ritenere che il ricorso ad uno schema societario da parte di una pubblica amministrazione deve risultare compatibile con i caratteri propri dell'attività da svolgere, nel senso che occorre tener conto che, essendo quest'ultimo – come meglio si preciserà – rivolto all'esercizio (o anche all'esercizio) di attività economiche, deve essere assicurata l'economicità della gestione[34].

D'altra parte, se le attività che, per previsione statutaria, delimitano l'oggetto sociale delle società a partecipazione pubblica sono quelle alla stessa affidate mediante un contratto pubblico – si v. *infra* § 5 –, non sembra che possa dubitarsi che per l'esercizio di dette attività sia richiesta un'organizzazione d'impresa[35].

Sotto altro profilo, come si è visto, deve ammettersi non soltanto che all'interno di una società di capitali coesista una molteplicità di interessi, ma anche che sia possibile utilizzare detto strumento per il perseguimento di interessi pubblici, tanto più che, secondo una parte della dottrina, in considerazione della neutralità dello schema societario[36], lo scopo lucrativo non costituisce un elemento indefettibile ai fini della qualificazione del contratto di società[37], atteso che non è possibile pervenire ad una definizione unitaria, sia dilatando lo scopo di lucro «fino a comprendervi, in via di interpretazione, anche quello mutualistico e quello consortile», sia descrivendo «il fenomeno "società" come quello che può avere

[34] Come di recente sottolineato dai magistrati contabili, «la realizzazione dell'equilibrio economico costituisce […] garanzia della capacità di perseguire le finalità istituzionali dell'ente, sia in veste pubblica che privata, per la qual cosa detto equilibrio a valere nel tempo deve essere un obiettivo essenziale il cui mancato perseguimento condiziona la stessa funzionalità dell'ente medesimo» (si v. Corte conti, sez. contr. Veneto, 17 settembre 2018, n. 299/2018/PRSE, in *www.corteconti.it*).

[35] Come osserva F. Cintioli, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in *www.giustamm.it*, 2014, anche le società c.d. strumentali sono imprese come lo erano gli enti pubblici economici, l'azienda-organo, posto che, avendo questi ultimi un bilancio e un patrimonio autonomo, erano «in grado di rispettare quantomeno il principio di copertura dei costi mediante gli attivi patrimoniali».

[36] Come rileva A.A. Carrabba, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, Napoli, 1994, spec. 212-213, le strutture societarie possono essere funzionalizzate a diversi scopi, nel senso che lo scopo previsto dall'art. 2247 c.c. può essere sostituito «dallo scopo consortile o dal più ampio scopo mutualistico» e dette strutture possono essere «funzionalizzate al perseguimento di finalità non lucrative, pubbliche o private». Per un ordine di idee non dissimile, si v. G. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, 295, secondo il quale il modello societario è neutrale rispetto alle finalità che si intendono perseguire, in quanto l'elemento caratterizzante lo schema societario «non è più tanto il fine di lucro, quanto la separazione che il modello societario consente tra i beni e l'organizzazione che costituiscono l'impresa e la restante parte delle attività e delle situazioni soggettive di coloro che ne sono proprietari».

[37] Ad avviso di G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 151 ss., spec. 163 ss., le società di capitali «sono già divenute pura struttura, destinate di volta in volta a servire a scopi diversi», in tal modo deve constatarsi come lo scolorimento della causa influisca sulla trasformazione dello scopo sociale. Per la considerazione che la mancanza dello scopo di lucro non rientra tra le cause tassative di nullità del contratto di società e che non è prevista alcuna sanzione per l'ipotesi in cui una s.p.a., «validamente costituita, non persegua di fatto lo scopo di lucro», si v. anche F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1999, 17.

– in alternativa con lo scopo di lucro enunciato dalla norma – anche uno scopo mutualistico o consortile» [38].

Orbene, occorre rilevare che se anche si volesse disconoscere – nonostante possa considerarsi un dato ormai acquisito – che la causa lucrativa nelle società di capitali appare "scolorita", non potrebbe non prendersi atto che, per espresso disposto normativo, la causa associativa nelle società a partecipazione pubblica non deve necessariamente individuarsi in quella lucrativa[39], soprattutto se intesa come ricerca della massima redditività, potendo le p.a., in base all'art. 3, comma 1 T.u.s.p.p., acquisire o detenere una partecipazione (esclusivamente) in «società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa».

4.1 Segue: *Limiti "esterni" al perseguimento dell'interesse sociale in imprese in forma societaria a partecipazione pubblica*

Se le società a partecipazione pubblica sono propriamente ascrivibili alla categoria delle imprese, le stesse sono tenute a rispettare non soltanto un limite per così dire "interno" – *i.e.* quello dell'economicità della gestione – ma anche una serie di limiti "esterni", alcuni dei quali sono imposti in ragione della presenza nella compagine sociale di un socio pubblico.

Dalle disposizioni contenute nei Trattati, ed in particolare dall'art. 345 TFUE è desumibile la neutralità o l'indifferenza del diritto europeo in ordine al regime della proprietà dei beni, dei mezzi di produzione, e, conseguentemente, al fatto che i pubblici poteri partecipino all'esercizio di imprese. È altresì noto che l'art. 106 TFUE esige che sia garantita la parità di trattamento tra le imprese (pubbliche e private), le quali sono assoggettate al rispetto delle regole poste a tutela della concorrenza[40] – fatte salve le eccezioni che siano motivatamente pre-

[38] Si v. sul punto: F. Di Sabato, *op. cit.*, 17 ss. Osserva altresì A.A. Carrabba, *op. cit.*, 202 ss., che «nelle società consortili risulta evidente l'attitudine dello strumento societario ad organizzare attività finalizzate al raggiungimento di scopi *in toto* o in parte non lucrativi», mentre con riferimento alle società cooperative, sulla base della disciplina alle stesse applicabile, deve concludersi che le stesse, in virtù di apposite clausole statutarie, possono essere strutturate in modo da realizzare il «conseguimento di quelle finalità originariamente ritenute proprie del tipo stesso», ovvero «il raggiungimento di quelle finalità tradizionalmente considerate lucrative».

[39] Si v. però *contra*: F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. econ.*, 2017, 1 ss., spec. 13.

[40] Si v. G. Amorelli, *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo delle Comunità europee*, Padova, 1992, 243. Si v. anche l'art. 8, comma 2, l. n. 287/2000. Come sottolinea M.C. Malaguti, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, spec. 32, ciò che rileva per il diritto della concorrenza «è il carattere dell'attività e non la forma giuridica in base alla quale questa è esercitata, né tanto meno il suo regime di proprietà».

viste in relazione ad imprese preposte alla gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale[41] – a prescindere dalla proprietà e dal regime giuridico delineato dalle normative nazionali.

Il diritto europeo, che mira a garantire un assetto concorrenziale, costituisce un argine all'introduzione da parte del legislatore nazionale di misure che, in ragione del perseguimento di interessi pubblici da parte di società a partecipazione pubblica, riconoscano posizioni di privilegio o di vantaggio[42], o che alterino le condizioni di parità che debbono essere garantite nei confronti di tutte le imprese[43]. Il limite costituito dal rispetto delle regole poste a tutela della concorrenza, a ben vedere, non soltanto non è stato attenuato, ma risulta altresì indirettamente rafforzato dalla disciplina speciale contenuta nel testo unico. Quest'ulti-

[41] In tema si v.: M. Lottini, *Il mercato europeo: profili pubblicistici*, Napoli, 2010, spec. 122 ss; D. Gallo, *I servizi di interesse generale*, Milano, 2010, spec. 98 ss. In senso critico: E. Moavero Milanesi, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004, 201, rileva come appaia ridondante il riconoscimento all'art. 106 TFUE di detta parità tra imprese private e imprese pubbliche, tenuto conto che nel diritto europeo non si fa alcuna distinzione tra le diverse figure di imprese.

[42] In seguito alla Comunicazione del 1984 sulla Partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese, in *Boll. Ce*, 1984, 92, e alla Comunicazione della Commissione europea 91/C 273/02 in *GUCE* 273 del 18.10.1991, diverse misure nazionali (*i.e.* forme di intervento pubblico consistenti in acquisizioni di partecipazioni, apporti di capitale, garanzie, prestiti concessi ad imprese pubbliche, ovvero nella rinuncia ad ottenere un normale rendimento derivante dagli investimenti effettuati in imprese pubbliche o dalla gestione delle stesse) sono state prese in considerazione dalla Commissione al fine di valutare, in base al criterio dell'investitore privato operante in condizioni normali di mercato, se costituivano aiuti di Stato non consentiti ed eventualmente risultavano incompatibili con le regole che disciplinano il mercato unico, si v. su questi aspetti, *ex multis*: R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, spec. 98 ss. In ordine all'ambito di applicazione del criterio dell'investitore privato operante in condizioni normali di mercato, si v. *ex multis*: Corte di Giustizia, sent. 13 maggio 1985, in cause riunite C-296 e 318/82; sent. 10 luglio 1986, in causa C-40/85; sent. 10 luglio 1986, in causa C-234/84; sent. 14 febbraio 1990, in causa C-301/87; sent. 21 marzo 1990, in causa C-303/88; sent. 3 ottobre 1991, in causa C-261/89, Corte di Giustizia, sent. 5 giugno 2012, in causa C-124/10, in *www.curia.europa.eu*.

[43] Ad avviso di N. Irti, *op. cit.*, 304, «norme speciali che alterino il giuoco della concorrenza, sarebbero, non già garanti, ma lesive dell'interesse pubblico, il quale è, per scelta politica e vincolo giuridico, *interesse alla libera competizione delle imprese*». La Corte di Giustizia, in numerose occasioni, ha qualificato come restrizioni, ai sensi dell'art. 63, comma 1 TFUE (*ex* art. 56, comma 1, Tr. Ce), le misure nazionali idonee a impedire o limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime, si v. *ex multis*: Corte di Giustizia Ce, sent. 4 giugno 2002, in causa C-367/98, in causa C-483/99, in causa C-503/99, sent. 13 maggio 2003, in causa C-463/00, in causa C-98/01, sent. 2 giugno 2005, in causa C-174/04, sent. sez. I, 6 dicembre 2007, nelle cause C-463/04 e C-464/04 (nella quale i giudici europei hanno ritenuto che l'art. 2449 c.c. consentisse agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione di una società per azioni con maggiore rilievo rispetto a quanto sarebbe stato loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti), in *www.curia.europa.eu*. Una misura nazionale che limiti l'acquisto di partecipazioni ovvero, in altro modo, la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di una società o al suo controllo, pur essendo restrittiva della libertà di circolazione dei capitali, potrebbe essere considerata giustificata, sul piano del diritto europeo, allorquando le limitazioni che essa pone non siano discriminatorie, siano sorrette da motivi imperativi di interesse generale, risultino idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per il raggiungimento di questo, si v. sul punto, *ex multis*: Corte di Giustizia Ce, sent. 31 marzo 1993, in causa C-19/92, punto 32, sent. 30 novembre 1995, in causa C-55/94, punto 37, sent. 15 dicembre 1995, in causa C-415/93, punto 104, in *www.curia.europa.eu*.

ma, infatti, sembra presupporre che le amministrazioni possano fare ricorso allo schema societario essenzialmente per gestire attività in tutto o in parte organizzate in forma di impresa. Se così non fosse risulterebbero difficilmente giustificabili sul piano giuridico quelle disposizioni che impongono a tutte le società in controllo pubblico di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio aziendale, da indicarsi nella relazione sul governo societario predisposta annualmente[44], nonché di porre in essere, là dove siano rilevati uno o più indicatori di crisi aziendale, provvedimenti adeguati a «prevenire l'aggravamento della crisi», a «correggerne gli effetti», ad «eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento»[45] – che, tuttavia, non possono consistere nella «previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte»[46] – e quelle norme che sottopongono tutte le società a partecipazione pubblica (ivi

[44] Si v. l'art. 6, commi 2 e 4, T.u.s.p.p.

[45] Si v. l'art. 14, comma 2, T.u.s.p.p. Si è sottolineato come sussista un preciso dovere degli amministratori di monitorare l'equilibrio finanziario a breve e medio termine al fine di cogliere elementi di insolvenza e dello stato di crisi e «procedere, se del caso alla ristrutturazione del debito od a procedure concorsuali per evitare l'aggravamento del dissesto», si v. F. Fimmanò, *Insolvenza delle società pubbliche, strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento*, in *Le società pubbliche*, II, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, Universitas Mercatorum Press, 2016, spec. 718. Si v. inoltre, le considerazioni di taglio aziendalistico in ordine all'attività di valutazione e prevenzione del rischio di impresa da compiere, espresse da R. Tiscini, P. Lisi, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell"equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, *ibidem*, 791 ss.

[46] Si v. l'art. 14, comma 4, T.u.s.p.p. Inoltre, al comma 5 dell'art. 14 si stabilisce che «Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma». Anche la disposizione testé richiamata, sebbene consenta che siano poste in essere misure di sostegno finanziario alle società di gestione di servizi pubblici, conferma che queste debbono avere ad oggetto lo svolgimento di attività in forma di impresa, dal momento che deve essere comunque approvato un piano di risanamento e garantito il ripristino dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

comprese quelle *in house*)[47] alla disciplina sul fallimento, a quella sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quella sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza[48].

Inoltre, appaiono rivolte a garantire l'economicità della gestione quelle disposizioni, sempre riferibili alle amministrazioni socie, che prevedono l'obbligo di predisporre un piano straordinario e un piano periodico ordinario di razionalizzazione delle partecipazioni dalle stesse detenute, al fine di procedere alla dismissione delle partecipazioni o allo scioglimento delle società (diverse da quelle che siano costituite per la gestione di un servizio di interesse generale), che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti[49]. Al di fuori, dunque, delle ipotesi in cui le società abbiano ad oggetto la gestione o la produzione di SIG e di SIEG, allorquando si sia verificato un risultato negativo di gestione per quattro dei cinque esercizi precedenti, le amministrazioni sono tenute a procedere all'alienazione delle partecipazioni detenute nelle stesse ovvero alla liquidazione delle società partecipate.

Nella stessa prospettiva del mantenimento dell'equilibrio economico finanziario delle società, ai fini della loro permanenza in vita, vanno lette quelle disposizioni che hanno introdotto l'obbligo di applicare alcune misure di penalizzazione nei confronti degli amministratori di società titolari di affidamenti diretti, nel caso in cui nei tre esercizi precedenti si sia verificato un risultato economico negativo[50].

Sotto altro profilo, deve osservarsi come altri limiti – desumibili dal diritto europeo in tema di aiuti di Stato[51], richiamati anche dalle disposizioni del testo

---

[47] Si v. G. D'Attorre, *La crisi nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, II, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, Universitas Mercatorum Press, 2016, spec. 674-675. Sottolinea, inoltre, F. Fimmanò, *op. cit.*, 699, che le società a partecipazione pubblica, indipendentemente dalla natura dell'attività esercitata, sono considerate dall'ordinamento degli imprenditori e, in quanto tali, risultano assoggettate alle procedure commerciali.

[48] Si v. l'art. 14, comma 1, T.u.s.p.p.

[49] Si v. art. 20, comma 2, lett. f) e 24, comma 1, che richiama le ipotesi di cui all'articolo 20, comma 2 T.u.s.p.p.

[50] All'art. 21, comma 3, T.u.s.p.p. si prevede, in particolare, che: «Le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30 per cento del compenso dei componenti degli organi di amministrazione. Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi rappresenta giusta causa ai fini della revoca degli amministratori. Quanto previsto dal presente comma non si applica ai soggetti il cui risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante».

[51] Sul punto si v. C. Angelici, *In tema di «socio pubblico»*, cit., 177-178, che rileva come la diversa disciplina applicabile abbia attribuito rilievo giuridico alle specifiche motivazioni che inducono un ente pubblico a detenere una partecipazione societaria, ed abbia portato la giurisprudenza europea, utilizzando il criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato, a verificare se tenuto conto delle circostanze in cui è stato realizzato un intervento finanziario del socio pubblico, il medesimo sia da qualificare come un aiuto di Stato. Su quest'ultimo criterio si v. C. Malaguti, *op. cit.*, 35 ss.

unico[52] – siano riferibili alle società pubbliche, come conseguenza della partecipazione al loro capitale sociale di enti pubblici. Al riguardo, non sembra tuttavia possibile accogliere un'interpretazione estensiva del criterio dell'investitore privato – ossia rivolta ad estenderne l'applicazione ben oltre quella propria delle regole in tema di aiuti di Stato – dal momento che da tale criterio non può desumersi un vincolo per il socio pubblico di ricercare la massima redditività dalla partecipazione detenuta. Ad opinare diversamente si finirebbe per trascurare il fatto che il diritto positivo consente alle amministrazioni di acquisire partecipazioni in società di capitali anche consortili e cooperative (art. 3, comma 1 T.u.s.p.p.). Inoltre, come si è cercato di dimostrare *supra*, le disposizioni del testo unico impongono di assicurare un'obiettiva economicità gestionale nelle società a partecipazione pubblica, da intendersi come proporzionalità tra costi e ricavi – come conseguenza del fatto che l'attività esercitata ha rilevanza economica – ma non di acquisire una partecipazione al fine di conseguire la massima redditività[53]. Peraltro, non risulta preclusa ai soci la possibilità di stabilire regole interne che diversifichino la partecipazione

[52] Si v. l'art. 5, comma 2, là dove stabilisce che l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica deve dare «atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese», nonché l'art. 21 comma 3-*bis*, ove si prevede che «Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato». Detta previsione legislativa impone alle p.a. di valutare essenzialmente se la scelta oggetto dell'atto deliberativo risulti conforme al vincolo di scopo, possa considerarsi conveniente sul piano economico e appaia compatibile dal punto di vista finanziario (si v. TAR Cagliari, sez. I, 4 maggio 2018, n. 405, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[53] Né, per vero, può essere trascurato il fatto che alle società di cui all'art. 4 T.u.s.p.p. possono essere affidati in gestione servizi di interesse generale, *i.e.* servizi pubblici non aventi rilevanza economica. A tal riguardo occorre infatti considerare che – come è stato rilevato dal giudice delle leggi (si v. Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *www.cortecostituzionale.it*) – la nozione europea di SIEG, ove sia limitata all'ambito locale, e quella di SPL di rilevanza economica hanno "contenuto omologo". I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica appaiono dunque riconducibili ai SIG e non ai SIEG. Inoltre, ai fini della qualificazione di un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno, va evidenziato che, come è stato rilevato dai giudici di Palazzo Spada, occorre «prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi)», di tal che «vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato nel caso di specie, presenta o non presenta tale rilevanza economica». Ne consegue che risultano privi di rilevanza economica «i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 Cod. civ. e, per quanto di ragione, dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica» (si v. Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409, *www.giustizia-amministrativa.it*).

agli utili[54]. Infine, se si considera che – come si porrà in rilievo *infra* – le amministrazioni affidano alle società "ammesse" (*recte*: quelle che rispettano i due criteri di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p.) contratti pubblici, la massima redditività non sembra che possa essere configurata come un obbligo anche per altre ragioni. Con riferimento alle società *in house* è del tutto evidente che la scelta di autoprodurre invece che ricorrere al mercato non è sicuramente dettata dalla ricerca della massima redditività, come si evince dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016[55], ove si impone di esplicitare le ragioni di carattere sociale che possono aver indotto l'amministrazione a preferire detta forma di gestione. In altri termini, l'assenza di uno scopo di lucro costituisce un dato da prendere in considerazione ai fini della valutazione della convenienza economica degli affidamenti *in house*, *ex* art. 192, d.lgs. n. 50/2016[56]. Per quanto attiene, invece, alle società miste pubblico-private, va osservato che la rinuncia in tutto o in parte agli utili da parte del socio pubblico, a fronte dell'attribuzione di determinati poteri di controllo all'interno della società[57], non potrebbe essere considerata in contrasto col criterio dell'investitore privato, atteso che l'affidamento del contratto e l'assunzione della qualità di socio non possono che avvenire in base ad un confronto concorrenziale aperto[58].

Sempre in tema di limiti c.d. "esterni", debbono altresì essere considerate le disposizioni contenute nel testo unico in tema di società *in house* (art. 16) e di

[54] Come osservato da attenta dottrina gius-commercialistica, nelle S.r.l. miste pubblico private, l'atto costitutivo potrebbe, da un lato, attribuire al socio pubblico determinati poteri di consultazione o di veto su determinate materie «o un diritto di voto "plurimo"», oppure condizionare l'efficacia di determinate decisioni assunte dagli organi sociali al suo assenso, dall'altro, riconoscere al socio privato una quota di utili maggiore o da parametrarsi «al conseguimento di dati obiettivi imprenditoriali-economici-finanziari» ovvero degli incentivi, «con l'intento di attrarre gestori più efficienti», (si v. F. Guerrera, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2005, 681 ss., spec. 685). In definitiva, detto aspetto può costituire oggetto di specifica regolamentazione a livello di atto costitutivo o di statuto o di patti parasociali. Di ciò può trarsi conferma dagli artt. 16 e 17 T.u.s.p.p.

[55] A norma del comma 2 dell'art. 192 cit.: «Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

[56] Si v. in tal senso: T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 4 maggio 2018, n. 405, *cit*.

[57] Si v. l'art. 17, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 175/2016.

[58] Al riguardo, deve richiamarsi quanto è stato posto in rilievo dai giudici europei, ovvero che «l'applicazione del criterio dell'investitore privato è volta a determinare se il vantaggio economico concesso ad un'impresa pubblica, sotto qualsivoglia forma, per mezzo di risorse statali sia tale, in considerazione dei suoi effetti, da falsare o rischiare di falsare la concorrenza e pregiudicare gli scambi tra gli Stati membri» e che detto criterio mira «a prevenire che, per mezzo di risorse statali, l'impresa pubblica beneficiaria disponga di una situazione finanziaria più favorevole rispetto a quella dei suoi concorrenti» (si v. Corte di Giustizia UE, 5 giugno 2012, in causa C-124/10, in *www.curia.europa.eu*). Detti effetti, nella situazione qui presa in considerazione, non appaiono a ben vedere configurabili.

società miste pubblico-private (art. 17), le quali parimenti trovano fondamento esclusivamente nella natura soggettiva di uno dei soci e che sono dettate al fine di garantire che, nella fase costitutiva, finalizzata all'affidamento di appalti e concessioni alle stesse, siano osservati i principi e le regole del diritto europeo a tutela della concorrenza[59]. In quest'ottica debbono essere considerate alcune disposizioni di diritto privato speciale, contenute nel testo unico, applicabili alle società *in house* e a quelle miste finalizzate a consentire, mediante apposite clausole statutarie, rispettivamente, il "controllo analogo" e un "controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa".

A ben vedere, si tratta di limiti posti dal diritto europeo riferibili a tali società a partecipazione pubblica, che presuppongono l'applicazione alle medesime dello statuto dell'impresa.

Sul piano del diritto interno, occorre poi tener conto che, prima dell'entrata in vigore del testo unico, numerose disposizioni di carattere speciale, derogatorie e talvolta integrative della disciplina di diritto comune applicabile alle società di capitali, avevano introdotto una serie di vincoli in relazione all'organizzazione e al funzionamento delle società a totale partecipazione pubblica o a controllo pubblico, allo scopo di evitare che si verificassero distorsioni della concorrenza e situazioni elusive dei vincoli di finanza pubblica[60].

5. *La delimitazione dell'oggetto sociale degli enti societari a partecipazione pubblica nella disciplina del testo unico e l'individuazione dei modelli organizzativi per la gestione delle attività sociali*

Le amministrazioni pubbliche, a norma dell'art. 4, comma 1, T.u.s.p.p., possono costituire società o acquisire o mantenere partecipazioni societarie, anche indirette[61], che abbiano ad oggetto attività di produzione di beni e servizi «strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituziona-

[59] In tema, *ex multis*: R. Caranta, *La Corte di Giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblico-privati*, in *Giur. it.*, 2010, 1194 ss.; F. G. Nicodemo, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, nota a Corte Giust. CE, sez. III, 15 ottobre 2009, causa C-196/08, in *Urb. e app.*, 2010, 158 ss.; B. Boschetti, *I confini della nozione di società mista*, in *Urb. e app.*, 2011, 182 ss.; F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società a "partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 560 ss.; inoltre, più di recente, con un taglio comparatistico, si v.: S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Napoli, 2017.

[60] Si v. per una rassegna di dette disposizioni di carattere speciale: A. Grasso, *Le società a partecipazione pubblica in Italia*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2017, spec. 73 ss.

[61] All'art. 2, comma 1, lett. g) T.u.s.p.p. è definita «partecipazione indiretta: la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica».

li». Tale disposizione individua un criterio che appare sostanzialmente coincidente con quello contenuto nell'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007[62], sennonché, con la nuova disciplina, detto criterio assume una valenza più ampia, nel senso che la verifica che deve essere compiuta dalle p.a. è riferibile a tutte le partecipazioni detenute e non più, invece, ad alcune soltanto di esse, *i.e.* a quelle che erano detenute in società di mercato non aventi ad oggetto la produzione di servizi di interesse generale[63]. Tuttavia, in relazione alla disposizione testé richiamata, sembra doversi pervenire a conclusioni non diverse da quelle raggiunte con riguardo all'art. 3, l. n. 244/2007 in ordine alla verifica della "necessaria strumentalità" rispetto alle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio[64]. Più precisamente, detta verifica è funzionale all'adozione da parte dell'amministrazione di un atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, in società già costituite, nel quale deve essere espressamente indicata la riconducibilità delle attività costituenti l'oggetto sociale alle attribuzioni amministrative dell'ente pubblico socio, ovvero alle funzioni amministrative di cui il medesimo risulta titolare o conferitario.

Al fine di determinare quali sono le società e le partecipazioni societarie considerate 'consentite', il criterio testé indicato deve essere soddisfatto congiuntamente a quello enunciato al comma 2 dell'art. 4, ove si stabilisce che «le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate»: a) la produzione di un servizio di interesse generale (SIG), nel cui novero sono compresi anche quelli a valenza economica (*i.e.*

---

[62] Va evidenziato come, con riferimento a detta disposizione, i giudici amministrativi avessero posto in rilievo che la stessa poneva «un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare … la tutela della concorrenza – che di per sé lo strumento dell'impresa pubblica non potrebbe pregiudicare – quanto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico», (si v. T.A.R. Sardegna, sez. I, 5 aprile 2013, n. 269, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[63] Dal momento che tra le disposizioni espressamente abrogate dall'art. 28, T.u.s.p.p., si annoverano anche l'art. 13, d.l. n. 223/2006, conv. dalla l. n. 248/2006 e l'art. 3, commi 27 e ss., l. n. 244/2007, è da ritenere che sia venuta meno la qualificazione *ope legis* della 'strumentalità necessaria' di alcune società, che risultava connessa col loro specifico oggetto sociale – *recte*: le società c.d. strumentali, disciplinate dall'art. 13, d.l. n. 223/2006, le società aventi ad oggetto la produzione di servizi di interesse generale, nonché le società che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro o di amministrazioni aggiudicatrici, indicate all'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007 – rispetto alle finalità istituzionali perseguite dalle p.a. socie; per maggiori approfondimenti su detti aspetti sia consentito rinviare ad A. Maltoni, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, *op. cit.*, 200 ss.

[64] Al riguardo occorre tener conto che l'ambito di operatività del criterio della 'necessaria strumentalità', ora codificato all'art. 4 comma 1 T.u.s.p.p., appare diverso da quello dell'art. 1, comma 611, lett. a), l. n. 190/2014, che fa riferimento al criterio della "indispensabilità delle partecipazioni societarie" rispetto al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, si v. per detta distinzione, *ex multis*: Corte conti, sez. contr. Marche, 17 febbraio 2016 n. 30/2015/VSG; Corte conti, sez. contr. Lombardia, 19 gennaio 2016, n. 2/2016/VSG; Id, 20 gennaio 2016, n. 7/2016/VSG; Id, 25 gennaio 2016, n. 17/2016/VSG; Corte conti sez. contr. Piemonte, 2 dicembre 2015, n. 170/2015/VSG, tutte in https://servizi.corteconti.it/bdcaccessibile/ricercaInternet.

SIEG), ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica in base ad un accordo di programma tra p.a., *ex* art. 193, d.lgs. n. 50/2016; c) la realizzazione e la gestione di un'opera pubblica ovvero la organizzazione e la gestione di un SIEG mediante l'affidamento di un contratto di partenariato ad una società mista nella quale il socio privato sia scelto con una gara a doppio oggetto; d) l'autoproduzione di beni o servizi strumentali rispetto all'ente o agli enti pubblici che detengano una partecipazione societaria o allo svolgimento delle loro funzioni nel rispetto della normativa europea e di quella interna in tema di contratti pubblici; e) la produzione di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, a favore di amministrazioni aggiudicatrici e di enti non lucrativi.

Le attività di cui all'art. 4, comma 2, d.lgs. cit., che possono essere assunte o gestite da società a partecipazione pubblica, sono individuabili in quelle di produzione di servizi di interesse generale (*recte*: quelle indicate all'art. 4, comma 2, lett. a) e c), T.u.s.p.p.[65]) e in quelle di produzione di beni e servizi c.d. strumen-

[65] Per quanto il legislatore abbia utilizzato alle lett. a) e c), rispettivamente, la locuzione «produzione di un servizio di interesse generale» e quella «gestione di un servizio d'interesse generale», non sembrano sottendere l'esercizio di attività diverse, ove si consideri che la gestione di servizi pubblici ha ad oggetto, di regola, la produzione di beni e servizi destinati alla collettività o agli utenti, come si evince dall'art. 112, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, ai sensi del quale «gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». In particolare, sono ascrivibili alla categoria dei servizi pubblici locali quelle attività il cui svolgimento sia doveroso e le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili), si v. sul punto, *ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Inoltre, come si desume dall'art. 113, comma 4, d.lgs. n. 267/2000, anche le attività consistenti nella gestione di reti e impianti (che possono essere affidate congiuntamente alla realizzazione dei medesimi) che risultano funzionali alla erogazione di SIG e SIEG, di cui alla lett. a) dell'art. 4 T.u.s.p.p., sono propriamente qualificabili alla stregua di attività di gestione di servizi pubblici locali. All'art. 113, comma 4, d.lgs. cit. si prevede infatti che gli enti locali possono affidare la gestione di reti, impianti e beni strumentali (sulla cui nozione si v. Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 156, in *www.giustizia-amministrativa.it*) in via diretta a società *in house* o a imprese private selezionate mediante procedura di evidenza pubblica.

tali (*recte*: quelle di cui all'art. 4, comma 2, lett. b)[66], d)[67] ed e)[68], T.u.s.p.p.), «da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali», attività, dunque, rivolte «essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico[69]». A quest'ultima categoria sono ascrivibili anche le società *in house holding* degli enti locali[70].

[66] Nel caso in cui «il progetto di fattibilità dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, preveda, ai fini della migliore utilizzazione dell'infrastruttura e dei beni connessi, l'attività coordinata di più soggetti pubblici, si procede attraverso la stipula di un accordo di programma tra i soggetti pubblici stessi e, ove opportuno attraverso la costituzione di una società pubblica di progetto, senza scopo di lucro, anche consortile». In detta ipotesi, per la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica può dunque essere costituita una società pubblica di progetto, che è qualificabile come organismo di diritto pubblico e come ente aggiudicatore. A detta società, che può essere partecipata esclusivamente dai soggetti aggiudicatori e dagli altri soggetti pubblici interessati, oltre che dalle fondazioni di origine bancaria – e che per tale ragione consideriamo un esempio *ante litteram* di società *in house*, al cui capitale sociale possono partecipare anche soggetti privati (si rinvia ad A. Maltoni, *Le società* in house *nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. e app*., 2017, spec. 13) – sono attribuite anche «le competenze necessarie alla realizzazione dell'opera e delle opere strumentali o connesse, nonché alla espropriazione delle aree interessate, e all'utilizzazione delle stesse e delle altre fonti di autofinanziamento indotte dall'infrastruttura». Si tratta dunque di una società alla quale sono attribuiti, *ex lege*, l'esercizio di funzioni amministrative e attività di produzione di beni e di servizi, che, in quanto funzionali alla realizzazione di un'opera pubblica, risultano strumentali rispetto al perseguimento dei fini istituzionali dei soggetti pubblici sottoscrittori dell'accordo di programma.

[67] Il riferimento al metodo dell'autoproduzione e al fatto che l'oggetto di tali società consista nella produzione di «beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti» denota come il legislatore abbia inteso riferirsi alle società *in house* di cui all'art. 17 T.u.s.p.p.

[68] Con riguardo ai servizi di committenza, deve precisarsi che, a norma dell'art. 3, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 50/2016, sono tali quelli forniti da una centrale di committenza, *i.e.* un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che fornisce attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie. Detti servizi sono dunque affidati a centrali di committenza, e possono consistere, *ex* art. 3, comma 1, lett. l) ed m), d.lgs. cit., rispettivamente in «attività di centralizzazione delle committenze» (*i.e.*: quelle «svolte su base permanente riguardanti: 1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti; 2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti»), e in «attività di committenza ausiliarie» (*i.e.*: quelle che consistono «nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: 1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata; 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata»). Si tratta di servizi che, al di fuori delle ipotesi in cui si abbia l'attribuzione *ex lege* di funzioni pubbliche, è da ritenere costituiscano oggetto di un affidamento da parte di amministrazioni aggiudicatrici, tenuto conto che, in base al combinato disposto di cui ai commi 2, lett. e) e 4 dell'art. 4 T.u.s.p.p., alle società *in house* possono essere affidati anche i servizi di committenza.

[69] Si v. *ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[70] Le società *holding* "consentite" sono società *in house*, come si desume sia dall'art. 2, comma 1, lett c), che dall'art. 4, comma 5 T.u.s.p.p., ove si stabilisce che «è fatto divieto alle società di cui al comma 2, lettera d), controllate da enti locali, di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società. Il divieto non si applica alle società che hanno come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali, salvo il rispetto degli obblighi previsti in materia di trasparenza dei dati finanziari e di consolidamento del bilancio degli enti partecipanti». Sul carattere strumentale delle società *holding* a partecipazione pubblica, si v. Corte dei conti, sez. I, 24 marzo 2015, n. 249, in https://servizi.corteconti.it/bdcaccessibile/ricercaInternet, ove si sottolinea che detta società costituisce uno strumento di *governance*, dal momento che si pone «come una mera interposizione tra il Comune e la società di servizi al fine di detenerne le azioni o come coordinatrice "sot-

Dal momento che le società a partecipazione pubblica potrebbero avere ad oggetto una o alcune delle attività indicate alle lett. a) – e) del comma 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p., nel cui novero sono comprese anche attività prive di rilevanza economica (*rectius*: le attività di produzione o di gestione di SIG) sembrerebbe possibile pervenire alla conclusione che tali società possano essere costituite per l'esercizio anche soltanto di attività non aventi carattere economico. Tuttavia, sembra difficile sostenere che le disposizioni sopra richiamate – le quali, non soltanto pongono una serie di vincoli che sono rivolti a 'presidiare' il criterio dell'economicità gestionale nelle società in controllo pubblico, senza distinguere in base al tipo di attività sociale svolta, ma le sottopongono altresì (finanche quelle *in house*) al fallimento – possano essere riferite a società che non hanno ad oggetto l'esercizio di attività (anche) economiche. Se ciò è esatto, non rimane che ipotizzare che le società in controllo pubblico, costituite nel rispetto dei criteri di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p., sono sempre imprese in forma societaria, le quali esercitano almeno un'attività a carattere economico tra quelle indicate all'art. 4, comma 2 T.u.s.p.p. Ciò, *a fortiori* se si considera che è stato disatteso dal legislatore delegato il criterio direttivo – contenuto nella legge di delegazione[71] – che imponeva di distinguere le società a partecipazione pubblica a seconda del tipo di attività sociale svolta, nonché di esercitare in modo distinto le attività amministrative in forma privatistica e le attività d'impresa[72].

Al di fuori del pur nutrito gruppo di ipotesi di partecipazioni societarie che sono "consentite" *ex lege*, in deroga all'applicazione dei criteri di cui ai commi 1 e/o 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p.[73], viene dunque, di regola, riconosciuta alle amministrazioni pubbliche la possibilità di detenere partecipazioni essenzialmente in società *in house*, affidatarie dirette di contratti pubblici, anche ad 'oggetto socia-

to il profilo patrimoniale, finanziario, amministrativo, tecnico ed organizzativo, delle società ed enti in cui partecipa"». Si v. anche la Relazione 2015 della Sezione Autonomie della Corte dei conti, § 2.3.1.

[71] Criterio direttivo desumibile dalle lett. a) e m), punti 1) e 2) del comma 1 dell'art. 18, l. n. 124/2015.

[72] Si v. su tale distinzione: Corte cost. 30 luglio 2008, n. 326 e 4 maggio 2009 n. 148, in *www.cortecostituzionale.it*. La Commissione speciale del Consiglio di Stato, sezione normativa, nel parere del 21 aprile 2016 n. 968 reso sullo schema di decreto legislativo, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nell'individuare una serie di proposte di modifica, suggeriva di far confluire le società strumentali e quelle *in house* in un modello generale distinto.

[73] La partecipazione detenuta in società c.d. patrimoniali è considerata dal legislatore a «strumentalità necessaria», dal momento che l'amministrazione viene esentata dalla specifica indicazione della sussistenza di detta strumentalità rispetto alle proprie finalità istituzionali; in alcuni casi la società o la partecipazione è considerata "consentita" *ex lege*, nel senso che si deroga alla verifica circa il rispetto dei due criteri di cui all'art. 4, commi 1 e 2 T.u.s.p.p.; nel caso, poi, in cui vi sia lo svolgimento di un'attività per la quale siano attribuiti diritti esclusivi o speciali (ad es. SIG e SIEG), le attività di mercato contestualmente esercitate dalla stessa società sono considerate dalla legge a «strumentalità necessaria» per 'osmosi'; altre partecipazioni societarie sono considerate 'ammesse' in via implicita dalla legge, in quanto quest'ultima ne rimette l'individuazione ad opera di un d.P.C.M. Per un più approfondito esame di dette ipotesi derogatorie e la prospettazione di una serie di rilievi critici con riguardo alle stesse, sia consentito di rinviare ad: A. Maltoni, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, *op. cit.*, 204 ss.

le plurimo'[74], nonché in società miste pubblico private, costituite *ex* art. 17, T.u.s.p.p. Per tale via si definiscono anche i modelli organizzativi utilizzabili dalle amministrazioni per il perseguimento dell'interesse pubblico, *recte* quello della società *in house* e quello della società mista.

La delimitazione della scelta ai due predetti modelli organizzativi, che scaturisce dai vincoli posti dai commi 1 e 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p., costituisce, a ben vedere, la diretta conseguenza del fatto che le società a partecipazione pubblica – *rectius* quelle sottoposte al rispetto di detti vincoli – risultano affidatarie di contratti pubblici[75].

5.1 Segue: *la valutazione ex ante dell'interesse pubblico nella fase costitutiva della società o in quella deliberativa di assunzione di una partecipazione societaria*

Come si è anticipato sopra, la deliberazione di partecipazione alla costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione nella stessa da parte di una p.a. non soltanto non può che avere una specifica forma ed essere adottata dall'organo competente dell'amministrazione in base alla legge statale o regionale, ma deve anche risultare analiticamente motivata[76]. Più precisamente, nella motivazione di detti atti deliberativi[77] deve darsi conto: che risulta soddisfatto il criterio della necessaria strumentalità rispetto alle finalità istituzionali, *ex* art. 4, comma 1 T.u.s.p.p.; che la costituzione della società o la partecipazione assunta appare giustificata sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché, nel caso in cui alla stessa sia affidato un servizio, che è stata

[74] A norma dell'art. 4, comma 4 T.u.s.p.p., le società *in house* hanno un "oggetto plurimo", allorquando il loro oggetto sociale esclusivo contempli non soltanto attività o servizi strumentali, ma anche la produzione o la gestione di un SIG o di un SIEG.

[75] Nel caso in cui gli enti locali costituiscano una società *holding* – che, come si è precisato, è riconducibile al modello dell'*in house* – la stessa assurge a strumento attraverso cui viene esercitato il controllo analogo (c.d. *in house* a cascata) e si rende possibile l'affidamento diretto di contratti pubblici a società controllate soltanto indirettamente da dette amministrazioni aggiudicatrici.

[76] Tenuto conto che le disposizioni contenute nell'art. 5, sono richiamate anche dall'art. 7, comma 7, nonché dall'art. 8, comma 1 e dall'art. 18, comma 1 T.u.s.p.p., la disciplina sulla forma dell'atto, sulla competenza dell'organo dell'ente a cui spetta deliberare e sull'obbligo di motivazione va riferita anche: all'atto deliberativo con cui sono approvate le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentono un cambiamento significativo dell'attività della società, oppure la trasformazione della società, il trasferimento della sede sociale all'estero, la revoca dello stato di liquidazione; all'atto deliberativo di acquisizione di partecipazioni societarie dirette o indirette, anche mediante la sottoscrizione di un aumento di capitale o la partecipazione ad operazioni straordinarie; all'atto deliberativo avente ad oggetto la richiesta di ammissione di azioni o di altri strumenti finanziari alla quotazione in un mercato regolamentato.

[77] Si consideri che, quantunque all'art. 7, comma 2 viene richiamato soltanto il comma 1 dell'art. 5 T.u.s.p.p., anche i successivi commi di quest'ultimo articolo fanno riferimento agli atti deliberativi di costituzione di società e di acquisizione di una partecipazione societaria.

considerata anche la possibile gestione diretta o esternalizzata del medesimo servizio; che la decisione assunta dalla p.a. è conforme ai principi di efficienza, efficacia, economicità dell'azione amministrativa; che l'intervento finanziario all'uopo previsto risulta compatibile con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Si prevede, inoltre, che lo schema di tale atto deliberativo, prima della sua approvazione da parte del competente organo dell'amministrazione, sia sottoposto a forme di consultazione pubblica, secondo le modalità stabilite da ciascun ente, nonché inviato alla competente sezione di controllo della Corte dei conti, a scopo conoscitivo, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Gli atti deliberativi indicati[78] sono atti che possono considerarsi "prodromici" rispetto ai successivi atti societari, e, per quanto attiene al regime giuridico, risultano sostanzialmente equiparati ai provvedimenti amministrativi[79].

In virtù di una precisa scelta legislativa, il predetto obbligo di motivazione, non soltanto garantisce la trasparenza e la controllabilità del processo decisionale compiuto dalle amministrazioni pubbliche, ma risulta altresì preordinato ad assicurare la conformità a determinate finalità di interesse pubblico di scelte che incidono su aspetti societari di particolare rilevanza[80].

Il regime amministrativo dell'atto deliberativo – che trova conferma anche nella disposizione che riconosce all'Autorità *antitrust* la legittimazione, *ex* art. 21-*bis* comma 2, l. n. 287/1990, ad impugnarlo in sede giurisdizionale, là dove violi le norme a tutela della concorrenza e del mercato[81] – e l'obbligo specifico di motivazione, a ben vedere, finiscono per rendere trasparenti e sindacabili in sede giurisdizionale anche le ragioni di interesse pubblico che presiedono alla decisione di un'amministrazione pubblica di partecipare alla costituzione di società o di acquisire una partecipazione nella stessa[82].

---

[78] Ci si riferisce, in particolare, agli atti deliberativi richiamati agli artt. 5, 7, 8 e 18 T.u.s.p.p.

[79] Per un più approfondito esame di detto tema sia consentito rinviare ad A. Maltoni, *Il regime giuridico degli atti deliberativi "prodromici" delle P.A. nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Munus,* n. 3/2018, 883 ss.

[80] Sottolineano i giudici del T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 3 ottobre 2017, n. 331, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che «nel caso della costituzione di una società come anche nel caso della decisione di pervenire all'aumento del capitale sociale vengono in evidenza aspetti organizzatori, essendo evidente l'incidenza della relativa scelta sulle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico».

[81] Si v. l'art. 5, comma 3 T.u.s.p.p.

[82] Si v. sul punto il parere adottato dall'AGCM, *ex* art. 21-bis, l. n. 287/1990, (AS1587) con riguardo ad un deliberazione di un Comune relativa ad una complessa operazione societaria, in cui la medesima Autorità ha rilevato alcune violazioni della concorrenza.

5.2 Segue: *la valutazione in ordine alla conformità dell'attività svolta dalla società partecipata all'interesse pubblico successivamente alla costituzione della società o all'acquisizione della partecipazione*

Delineato il regime degli atti adottati dalla p.a. socia, non può che conseguirne la sindacabilità dei medesimi da parte del giudice amministrativo. Si tratta in particolare di atti che incidono sul momento organizzativo-costitutivo della società, contestualmente a quello contrattuale, in tutte le ipotesi – *recte*: quelle individuate al comma 2 dell'art. 4, T.u.s.p.p. – in cui alla stessa società siano affidati contratti pubblici. Si realizza in tale modo una compenetrazione tra i due momenti (organizzativo e contrattuale), come conseguenza del fatto che la costituzione della società o l'acquisizione di una partecipazione societaria trova giustificazione nella decisione di affidare un contratto all'entità societaria.

Inoltre, dal momento che la decisione di costituire una società *in house* comporta la sottrazione al confronto concorrenziale dell'affidamento di determinati appalti o concessioni, non sembra revocabile in dubbio che sussiste l'interesse qualificato degli operatori economici a contestare la costituzione di detta società o l'acquisizione di una partecipazione societaria in ipotesi di *in house* frazionato.

Per quanto la giurisprudenza appaia orientata a ritenere che la decisione di costituire una società *in house* o di assumere una partecipazione nella stessa, ancorché debba essere motivata, costituisca espressione di una scelta ampiamente discrezionale[83], ha altresì sottolineato come l'individuazione del modello societario debba essere supportata da ragioni di convenienza sotto il profilo dei benefici per la collettività[84].

Peraltro, il sindacato del giudice amministrativo risulta ora più ampio, dal momento che esso non appare limitato alla verifica circa la sussistenza delle condizioni individuate dal diritto europeo in tema di affidamenti *in house*[85], nonché alla valutazione della legittimità della scelta comparativa compiuta dall'amministrazione tra i possibili modelli organizzativi per la gestione delle attività oggetto di affidamento[86], ma riguarda altresì i più specifici contenuti della motivazione dell'atto deliberativo, *ex* art. 5, comma 1 T.u.s.p.p.[87].

---

[83] Si v. *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[84] Si v. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1781, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[85] Su cui si v. ora l'art. 5, d.lgs. n. 50/2016.

[86] Si consideri che la decisione degli enti locali di affidare servizi pubblici locali a rilevanza economica ad una società *in house* deve già essere motivata in base all'art. 34, comma 20 d.l. n. 179/2012, conv. dalla l. n. 221/2012.

[87] Occorre infatti considerare che, al comma 1 dell'art. 5 T.u.s.p.p., si prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisto di una partecipazione societaria deve essere motivato «anche sul pia-

Inoltre, l'estensione di detto sindacato giurisdizionale sembra doversi valutare sia con riguardo alla possibile violazione delle disposizioni rivolte a tutelare la concorrenza, come riconosciuto espressamente all'art. 5, comma 3 T.u.s.p.p., sia in ordine alla sussistenza in concreto del rapporto di strumentalità tra la società e le finalità istituzionali dell'ente pubblico socio, *ex* art. 4, comma 1 T.u.s.p.p.[88], e alla legittimità delle scelte compiute dall'amministrazione mediante l'approvazione dei piani di razionalizzazione delle partecipate[89].

6. *Altri strumenti (contrattuali) conformativi delle attività indicate nell'oggetto sociale a finalità di interesse pubblico*

Se, come si è chiarito, il "vincolo" dell'attività di cui al comma 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p. rende configurabile soltanto lo svolgimento di attività oggetto di affidamento da parte delle amministrazioni socie, occorre aver riguardo anche alla regolamentazione di dette attività.

Nel caso infatti in cui siano affidate alla società a partecipazione pubblica attività di gestione/produzione di SIG e di SIEG, la regolamentazione del rapporto con l'ente pubblico affidante si attua essenzialmente mediante il contratto di servizio, i patti parasociali, nonché, eventualmente, la previsione di determinate clausole statutarie che siano rivolte a salvaguardare o a soddisfare specifiche finalità pubblicistiche perseguite dall'ente pubblico socio[90].

---

no della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato».

[88] Si v. ad es.: Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2016, n. 4688, in *www.giustizia-amministrativa.it*., ove si rileva che detto rapporto di strumentalità – che nel caso di specie doveva valutarsi ai sensi dell'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007 – non dipende soltanto dall'oggetto sociale, ma anche dalle modalità con le quali l'amministrazione può esercitare le proprie prerogative di azionista, di tal che «ciò che conta è soprattutto il tipo di indirizzo o di influenza che sulla società l'ente pubblico può davvero esercitare per assicurare l'irrinunziabile coerenza con le proprie finalità istituzionali». Inoltre, con riguardo ad una società mista pubblico privata, in ordine alla legittimazione del socio privato ad impugnare la delibera prodromica di aumento di capitale dell'Amministrazione regionale, si v. T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 3 ottobre 2017, n. 331, cit.

[89] Si v. sul punto T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 18 aprile 2018, n. 426, ove si è sottolineato che anche il piano di razionalizzazione (*recte*: sia quello straordinario che quello ordinario periodico) è da qualificarsi alla stregua di un «"provvedimento motivato" con cui ciascuna Amministrazione effettua la ricognizione delle partecipazioni possedute alla data di entrata in vigore dello stesso decreto legislativo ed individua quelle che debbono essere alienate». Ciò, in ragione del fatto che è ravvisabile «nell'atto che le P.A. adottano ai sensi dell'art. 24, comma 1, cit. un contenuto non solo ricognitivo, ma anche volitivo, che indubbiamente lo fa rientrare nella categoria dei provvedimenti amministrativi, intesi, alla luce della classica definizione dottrinale, come manifestazioni di volontà preordinate alla cura di uno specifico interesse pubblico (la cui realizzazione è affidata alla P.A. titolare del potere di provvedere) e dirette a produrre unilateralmente effetti giuridici nei rapporti esterni con i destinatari». In termini non dissimili, si v. anche ID, 5 aprile 2018, n. 363; ID, 11 aprile 2018, n. 376, nonché ID, 17 aprile 2018, n. 408, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[90] Si v. in tal senso: F. Guerrera, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, *op. cit.*, spec. 683 e 689.

Ma anche quando l'affidamento alla società, in via diretta o all'esito di una gara a doppio oggetto, riguardi servizi e attività strumentali, la regolamentazione dell'attività sarà rimessa al contratto pubblico attraverso il quale si realizza detto affidamento e ai patti parasociali e/o a clausole statutarie.

In definitiva, appare tutt'altro che marginale il ruolo assegnato alla regolamentazione convenzionale dell'attività oggetto di affidamento nello stabilire quale sia la rilevanza assegnata all'interesse pubblico nell'ambito della comunione degli interessi dei soci. Interesse pubblico specifico, da individuarsi essenzialmente nell'ottimale gestione dell'attività affidata, la cui regolamentazione – stabilita dall'ente pubblico o dagli enti pubblici affidanti – deve appunto essere finalizzata ad assicurare detto obiettivo.

7. *Il controllo esercitato dagli amministratori nominati ai sensi dell'art. 2449 c.c. e la compenetrazione dell'interesse pubblico nell'interesse sociale*

La nomina in via diretta di determinati amministratori finisce per integrare una forma di "controllo dall'interno", nel senso che la "necessaria strumentalità" dell'attività sociale rispetto alle finalità istituzionali, *ex* art. 4, comma 1 T.u.s.p.p., non attiene soltanto al momento deliberativo iniziale (*i.e.* quello costitutivo o quello di acquisizione della partecipazione), dovendo sussistere durante tutta la vita dell'ente societario o fintanto che permanga la partecipazione pubblica nel medesimo. Di ciò costituisce riprova il fatto che le amministrazioni pubbliche sono tenute periodicamente a predisporre un piano di razionalizzazione ordinario, *ex* art. 20, comma 2, lett. a) T.u.s.p.p., in cui debbono essere indicate le partecipazioni da mantenere e quelle da alienare[91].

Detti amministratori di nomina diretta dovrebbero dunque effettuare un controllo – tenendo conto anche delle direttive o degli indirizzi che siano loro eventualmente impartiti dall'amministrazione nominante – in ordine al fatto che sia assicurata, nel corso del tempo, la connotazione pubblicistica dell'attività sociale.

Ne consegue che anche il potere di revoca risulta correlativamente condizionato dal potere di direttiva/indirizzo, che può essere esercitato al fine di garantire la predetta compenetrazione. In altri termini, il controllo svolto dagli amministratori di nomina diretta, soprattutto là dove vi siano soci privati, non può che essere rivolto alla verifica del conseguimento di quegli obiettivi di interesse pub-

[91] Come è stato sottolineato da Corte dei conti, sez. autonomie, deliberazione n. 21 luglio 2017, n. 19/SEZAUT/2017/INPR, avente ad oggetto «Linee di indirizzo per la revisione straordinaria delle partecipazioni di cui all'art. 24, d.lgs. n. 175/2016», in *www.corteconti.it*, occorre dare conto, al fine di motivare il mantenimento delle partecipazioni detenute, anche di minima entità, sia della sussistenza del requisito della necessaria strumentalità dell'attività sociale rispetto alle finalità istituzionali, sia, in esito alla ricognizione effettuata, «dell'attività svolta dalla società a beneficio della comunità amministrata».

blico connessi all'attività affidata, specificati nel contratto, nei disciplinari e nei regolamenti di esecuzione, in clausole statutarie.

Occorre però distinguere la situazione in cui il socio o i soci pubblici detengano una partecipazione di controllo – nella quale come si è evidenziato si realizza una compenetrazione tra interesse pubblico e interesse sociale, essendo quest'ultimo l'interesse prevalente tra quelli che rifluiscono nello schema causale societario – da quella in cui, invece, la partecipazione detenuta non assicuri il controllo societario. In quest'ultimo caso, infatti, potrebbero verificarsi dei conflitti tra i diversi tipi di interessi destinati a coesistere all'interno della società. Anche in detta ipotesi occorre tuttavia considerare che, diversamente dal passato – come si è evidenziato – la partecipazione societaria può essere mantenuta soltanto se e fintanto che sia garantita la necessaria strumentalità, in concreto, rispetto alle finalità istituzionali perseguite dall'ente pubblico socio, la quale deve essere declinata nel soddisfacimento dell'interesse pubblico specifico sotteso all'attività che abbia costituito oggetto di affidamento alla società. Sotto questo profilo, non muta dunque il ruolo degli amministratori di nomina diretta, che è propriamente quello di effettuare un controllo circa la permanenza, nel tempo, di detto orientamento dell'attività sociale all'interesse pubblico perseguito.

Se ciò è esatto, l'attribuzione agli enti pubblici nominanti di un potere di indirizzo/direttiva nei confronti degli amministratori nominati, *ex* art. 2449, comma 1 c.c., sembra doversi ricostruire alla stregua di un potere diretto a garantire la predetta connotazione pubblicistica (nel tempo) dell'attività sociale, connotazione che del resto deve sussistere già nella fase genetica dell'ente societario ovvero nel momento in cui è adottata la decisione dell'amministrazione di acquisire una partecipazione societaria. Occorre peraltro tener conto che gli atti deliberativi rivolti alla costituzione o all'assunzione di una partecipazione e gli atti di nomina e di revoca in via diretta degli amministratori risultano sottoposti al medesimo regime giudico, trattandosi di atti amministrativi sostanzialmente equiparati a provvedimenti, che debbono essere specificamente motivati[92].

8. *Conclusioni*

Dopo aver precisato che il diritto europeo e quello interno individuano una serie di limiti, si è osservato come le disposizioni contenute nel T.u.s.p.p. dettino un nucleo di regole comuni applicabili alle società a partecipazione pubblica. Per quanto dette disposizioni incidano più che altro sulla capacità di diritto pri-

[92] Si v. ancora *amplius*: A. Maltoni, *Il regime giuridico degli atti deliberativi "prodromici" delle P.A. nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, *op. cit.*, spec. 900 ss.

vato delle amministrazioni, individuando in particolare alcuni limiti alla possibilità di porre in essere contratti di società o di acquisire partecipazioni societarie, le stesse dettano altresì una regolamentazione "in positivo" dell'oggetto sociale, dal momento che le attività che possono essere esercitate dalle società a partecipazione pubblica sono individuate dalla disciplina di carattere speciale. Detta delimitazione – che tuttavia non vale per le fattispecie societarie sottratte in tutto o in parte al rispetto dei criteri di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p., nonché a quelle 'legali' o disciplinate da leggi 'singolari' – rende evidente come si sia inteso tipicizzare l'oggetto sociale.

Se la coesistenza di una pluralità di interessi costituisce un dato che può considerarsi ormai acquisito nelle società per azioni – come la dottrina gius-commercialista ha ben evidenziato[93] – la disciplina speciale non ha soltanto individuato le condizioni e definito le modalità deliberative per la costituzione di una società o l'assunzione di una partecipazione societaria da parte di una p.a., ma ha anche delineato un particolare modo di essere della comunione degli interessi dei soci nelle società a partecipazione pubblica. In quelle che possono considerarsi delle pre-condizioni per l'esistenza di una società a partecipazione pubblica, individuate dalla disciplina positiva – tenuto conto che la stessa impone di verificare la conformità ai due criteri di cui all'art. 4, commi 1 e 2 T.u.s.p.p. – è insita l'esigenza di realizzare una forte compenetrazione tra l'interesse sociale e l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione socia[94]. Più precisamente, mentre nelle società a totale partecipazione pubblica l'interesse sociale risulta fortemente compenetrato non con un generico interesse pubblico, bensì con l'interesse pubblico sotteso all'attività affidata o al compito conferito, nelle società miste pubblico private, in cui risultano compresenti interessi di matrice diversa, non potrà che risultare prevalente l'interesse pubblico specifico, per le ragioni sopra indicate. Come si è indicato, sono individuabili diversi momenti in cui le amministrazioni debbono non soltanto specificare le ragioni di interesse pubblico che presiedono alla scelta di costituire una società o di acquisire una partecipazione societaria, ma anche confermare il mantenimento della partecipazione detenuta in ragione della permanenza di dette ragioni. Detta articolazione costituisce, a ben vedere, la diretta conseguenza della tipicizzazione delle attività esercitabili mediante lo schema societario. Attività che sono affidate in gestione alla società pubblica, ma di cui rimane titolare l'ente pubblico socio.

[93] Si v. *supra* le note 27 e 28.

[94] Forte compenetrazione che ci pare impedisca – come è stato osservato da F. Fracchia, *I controlli sulle società pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 855 ss., spec. 886-887 – «un uso dello strumento societario "distorto" perché contrario agli interessi pubblici» e, al contempo, giustifichi la vigente disciplina pubblicistica dei controlli sulla società.

Giova al riguardo rilevare come, mediante la necessaria strumentalità alle finalità istituzionali e la determinazione delle attività che possono essere esercitate dalla società a partecipazione pubblica, si definiscano gli spazi di coesistenza tra i diversi interessi dei soci.

La predetta tipicizzazione costituisce, in particolare, il risultato di una "selezione", imposta dalla legge, delle attività di cui deve essere assicurata la necessaria strumentalità rispetto alle finalità istituzionali perseguite dalle amministrazioni socie, con riferimento alle quali l'interesse pubblico perseguito si concretizza nelle specifiche modalità di svolgimento delle stesse, o meglio nella ottimale gestione del SIG, del SIEG, o del servizio strumentale affidato. In tal modo, il legislatore 'seleziona' anche le attività, che possono essere svolte mediante lo schema societario, a cui possono essere destinate risorse finanziarie pubbliche.

Le predette condizioni rendono inoltre evidente come, per un verso, gli interessi pubblici perseguiti dalle amministrazioni appaiano tendenzialmente omogenei[95] – essendo connessi alla/e tipologia/e di attività oggetto di affidamento – per l'altro, gli interessi dei privati subiscano significative limitazioni, potendo essere soddisfatti esclusivamente all'interno del modello organizzativo predefinito dall'amministrazione e soltanto se e fino a quando l'ente pubblico socio ritenga che si possa continuare a garantire la necessaria strumentalità rispetto a determinate finalità di interesse pubblico[96]. Nella prospettiva indicata deve considerarsi che, ad eccezione delle ipotesi derogatorie espressamente previste, la conformazione dell'interesse sociale ad esigenze di interesse pubblico si realizza altresì per il tramite di modelli organizzativi delineati dal testo unico, segnatamente quello della società *in house* e quello della società mista. Con riferimento a quest'ultimo modulo organizzativo, in sede di regolamentazione del rapporto tra soci pubblici e soci privati, l'amministrazione è chiamata a definire le modalità finalizzate a garantire l'adeguato soddisfacimento dell'interesse pubblico specifico sotte-

[95] Detta osservazione tiene conto anche di quanto rilevato, di recente, dai giudici del massimo organo della giustizia contabile (si v. Corte dei conti, sez. riun. giurisd., 22 maggio 2019, n. 16/2019/EL, in *www.corteconti.it*), ovvero che, dal momento che nessuna disposizione impone alle amministrazioni, che detengono una partecipazione societaria, di gestirle in modo associato e congiunto, l'interesse pubblico che le stesse sono tenute a perseguire «non è necessariamente compromesso dall'adozione di differenti scelte gestionali o strategiche che ben possono fare capo a ciascun socio pubblico in relazione agli interessi locali di cui sono esponenziali».

[96] Si consideri al riguardo, ad esempio, quanto rilevato, con riferimento all'art. 3, comma 29, l. n. 244/2007 – disposizione che può oggi ricondursi a quanto previsto dal combinato disposto di cui all'art. 4, comma 1 e all'art. 20, comma 2, lett. a) T.u.s.p.p. – dai giudici del T.A.R Lombardia, Brescia, sez. I, 13 ottobre 2015, n. 1305, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ad avviso dei quali «se il legislatore statale non impone direttamente l'uscita degli enti pubblici dalle società che gestiscono servizi pubblici, non esprime nemmeno una qualche opposizione a tale ipotesi, e certamente non costringe le pubbliche amministrazioni a rimanere prigioniere delle società partecipate. Una volta che l'ente pubblico, esercitando la propria discrezionalità, abbia qualificato come non più strategica la presenza nel capitale di società affidatarie di servizi pubblici, si verifica una situazione equivalente al divieto di conservare partecipazioni azionarie estranee alle finalità istituzionali».

so all'attività oggetto di affidamento, assicurando la prevalenza del medesimo in sede di composizione dei diversi interessi compresenti nella compagine sociale.

Nell'ipotesi in cui nella società mista vi sia una pluralità di enti pubblici soci – i quali, complessivamente, detengano la parte maggioritaria del capitale sociale –, come di recente è stato rilevato dai giudici di Palazzo Spada, deve aversi riguardo ad un ulteriore limite, desumibile dal fatto che «una partecipazione pulviscolare è in principio inidonea a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di effettivamente incidere sulle decisioni strategiche della società, cioè di realizzare una reale interferenza sul conseguimento del c.d. fine pubblico di impresa […] in presenza di interessi contrastanti e, in ultimo, impeditivi»[97]. Al ricorrere di dette circostanze, ad avviso dei medesimi giudici, i soci pubblici, per sopperire alla oggettiva debolezza in cui si trovano, dovrebbero stipulare patti parasociali ovvero prevedere, negli atti costitutivi della società, la costituzione di «un organo speciale, che, al pari delle assemblee speciali di cui all'art. 2376 Cod. civ. […], sia deputato ad esprimere la volontà dei soci pubblici» in modo da consentire «alle amministrazioni pubbliche di coordinare e dunque rinforzare la loro azione collettiva e, in definitiva, di assicurare un loro controllo sulle decisioni più rilevanti riguardanti la vita e l'attività della società partecipata»[98]. Ciò che emerge è, in definitiva, che, in mancanza della stipula di appositi strumenti negoziali di coordinamento ovvero dell'istituzione di organi sociali speciali, gli enti pubblici, che detengano una partecipazione c.d. pulviscolare in società miste, non sono in grado di indirizzare l'esercizio dell'attività sociale al perseguimento del fine pubblico, dalle stesse istituzionalmente perseguito, con riferimento all'attività affidata in gestione alla società[99].

Occorre poi considerare che ulteriori limiti sono desumibili da quelle disposizioni del testo unico che formalizzano il processo decisionale dell'amministrazione socia, non soltanto ai fini della costituzione della società, nonché dell'acquisizione di partecipazioni, ma anche, ad esempio, là dove si intendano appor-

[97] Si v. Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si osserva come «la particolare modestia della partecipazione al capitale normalmente» si traduca «in una debolezza sia assembleare sia, di riflesso, amministrativa (la quale può di fatto essere compensata solo in situazioni eccezionali dove altri equilibri refluiscano a compensare questa debolezza)».

[98] Si v. ancora Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, cit.; in detta pronunzia viene sottolineato altresì che se lo «scopo assegnato dalla legge, per la via mediata della previa valutazione politico – strategica dell'amministrazione pubblica, è di acquisire o mantenere partecipazioni in società di capitali per lo svolgimento di un servizio valutato come necessario a soddisfare i bisogni della collettività di riferimento, una partecipazione pulviscolare priva di adeguati strumenti di coordinamento con le partecipazioni di altri soggetti pubblici, non consente o mette in discussione il raggiungimento di tale obiettivo».

[99] Si v. anche T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 17 settembre 2019, n. 999, in *www.giustizia-amministrativa.it,* ove si sottolinea che la strumentalità rispetto alle proprie finalità istituzionali dipende non soltanto dall'oggetto sociale, ma anche dalle modalità con cui i soci pubblici sono in grado di esercitare le proprie prerogative di azionisti ed indirizzare e coordinare l'attività svolta dalla società.

tare «modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società» (si v. l'art. 7, comma 7 T.u.s.p.p.), modifiche che debbono essere previamente "autorizzate" dall'ente pubblico socio mediante un atto deliberativo motivato a regime amministrativo. Atto dunque che – parimenti a quelli di partecipazione alla costituzione o di acquisizione di una partecipazione o di nomina e di revoca di amministratori *ex* art. 2449 c.c. – risulta impugnabile davanti al g.a., là dove siano violati i limiti posti dai commi 1 e 2 dell'art. 4 T.u.s.p.p., anche da parte di operatori economici di mercato, che potrebbero essere interessati all'aggiudicazione dei contratti affidati alla società partecipata o che operano nel settore in cui la società si propone di intervenire, con la modifica dell'oggetto sociale.

Infine, allo scopo di assicurare la permanenza, nel tempo, di detta necessaria connotazione in senso pubblicistico, all'art. 20 T.u.s.p.p. si prevede un obbligo di dismissione delle partecipazioni dirette e indirette detenute in società che non siano riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'art. 4 T.u.s.p.p. Si consideri che, quand'anche l'atto deliberativo di modifica dell'oggetto sociale fosse adottato e, successivamente, si addivenisse all'approvazione della relativa modifica statutaria, al fine di comprendere nell'oggetto sociale attività non "consentite" *ex* art. 4, comma 2, T.u.s.p.p., la società dovrebbe essere posta in liquidazione o essere alienata la partecipazione pubblica detenuta.

In conclusione, le disposizioni del testo unico richiamate se per un verso hanno confermato il modello societario privatistico, per l'altro hanno notevolmente rafforzato le garanzie di trasparenza dell'interesse pubblico perseguito e assicurato la necessaria strumentalità del modello societario rispetto al medesimo interesse[100].

[100] Per una interessante ricognizione dei modelli societari e delle modalità di costituzione delle società pubbliche, si v. F. Fracchia, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 589, spec. 595, che, con riferimento alla normativa in tema di società pubbliche allora vigente, evidenziava come la stessa determinasse una «attenuazione delle garanzie proprie dell'interesse pubblico».

Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici

Le società a partecipazione pubblica – diverse da quelle a statuto "speciale" o "singolare" – non costituiscono una distinta categoria rispetto a quelle disciplinate dal codice civile.
Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica, da un lato, ha ridotto il tasso di 'specialità' della disciplina riguardante le società a partecipazione pubblica, e, dall'altro, ha definito in modo molto preciso le ipotesi in cui le amministrazioni pubbliche possono costituire società o acquisire partecipazioni societarie.
L'interesse pubblico solitamente è stato considerato come un interesse extrasociale nelle società a partecipazione pubblica.
Tuttavia, una parte della dottrina ha posto in rilievo come l'interesse sociale si sia aperto ad una molteplicità di interessi.
Nelle società a totale partecipazione pubblica, l'interesse sociale risulta fortemente compenetrato con l'interesse pubblico sotteso all'attività affidata.
Nelle società miste pubblico privati, gli interessi dei privati possono essere soddisfatti esclusivamente all'interno del modello organizzativo, predefinito dall'amministrazione socia, e soltanto se e fino a quando la stessa ritenga che possa continuare a garantirsi la necessaria strumentalità rispetto a determinate finalità di interesse pubblico.
La conformazione dell'interesse sociale ad esigenze di interesse pubblico si realizza altresì per il tramite dei modelli organizzativi della società *in house* e della società mista.
La 'selezione' – imposta dalla legge – delle attività di cui deve essere assicurata la necessaria strumentalità rispetto alle finalità istituzionali perseguite dalle amministrazioni socie, rende evidente come l'interesse pubblico perseguito si concretizza nelle specifiche modalità di svolgimento delle stesse.

Public-shareholder companies and the pursuit of the public interest

Public-shareholder companies – which are companies different from those with a "special" or "singular" bylaw – do not constitute a legally distinct category from those of companies regulated by the Italian Civil Code.
The single text on public-shareholder companies, on the one hand, has reduced the degree of "speciality" concerning their regulation, and on the other hand, has very precisely defined the cases in which Public Administrations may set up a company or purchase holdings.
The public interest has been commonly regarded as one that falls outside the statutory purpose of public-shareholder companies. Nevertheless, some scholars have pointed out that the statutory purpose has opened up to a variety of different interests.
The statutory purpose of companies which only have public shareholders is strongly permeated by the public interest that lies behind the activity conferred.
Private interests, in public-private partnerships, can be satisfied solely within the organisational pattern, predetermined by the Public Administration partner, and only if and as long as the Administration considers the necessary instrumentality may be guaranteed in connection to specific purposes of public interest.

The conformation of the statutory purpose to the public interest is also achieved through organisational models, such as the in-house public-controlled company and the public-private partnership.
The selection of activities – required by law – in which the necessary instrumentality with respect to the institutional aims pursued by the public Administration partner must be ensured, make it clear that the public interest pursued materialises in the specific rules for carrying out the activities.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 211-254

Articoli e saggi

Riflessioni in tema di salvaguardia dei "locali storici"*

Giuseppe Tropea, Annalaura Giannelli

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il falso problema dell'immateriale. – 3. La giurisprudenza costituzionale e amministrativa relativa al rapporto tra bene/locale storico e attività culturale/imprenditoriale. – 4. Locali storici tra valorizzazione e tutela. Il contenzioso Stato-Regioni come occasione per riflettere sull'oggetto degli interventi pubblici di "salvaguardia". – 5. Le esperienze regionali: l'approccio estetizzante e la conseguente "pregiudiziale di vincolo". – 6. Il procedimento preordinato all'iscrizione nell'elenco dei locali storici: legittimazione alla richiesta e interessi (pubblici e privati) coinvolti nell'accertamento. – 7. Valorizzazione dei locali storici ed evidenza pubblica. Riflessioni critiche. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il tema della salvaguardia dei locali storici sta indubbiamente acquisendo, sia presso l'opinione pubblica che nel dibattito giuridico, una inedita centralità. Si potrebbe, di primo acchito, essere tentati di considerare la questione con un certo scetticismo, o quantomeno con un limitato interesse. Se ne potrebbe, innanzitutto, riscontrare il carattere settoriale, da cui la (apparente) difficoltà di trarre dal tema in esame adeguati spunti di riflessione sul piano della teoria generale. In secondo luogo, e da un punto di vista più ampio, si potrebbe essere tentati di guardare alla salvaguardia dei locali storici come ad una sorta di moderno vezzo delle oligarchie culturali ed economiche, che di fronte al dirompente problema del degrado urbano e, in particolare, delle periferie scelgono di concentrare le proprie attenzioni nella strenua difesa di isolate testimonianze di un passato ormai disancorato dall'autentico tessuto sociale cittadino[1].

* Nell'ambito di una riflessione comune, i parr. 1, 2, 5, 7, 8 sono di Annalaura Giannelli, i parr. 3, 4, 6 di Giuseppe Tropea.

[1] L'idea che alla città (come "bene pubblico", luogo di aggregazione e appartenenza allo spazio urbano), si contrapponga l'anti-città (caratterizzata da degrado delle infrastrutture, dei servizi, degli edifici, perdita degli scambi sociali e culturali, predominio delle mafie) è molto diffusa. Si v. S. Boeri, P. Desideri, D. Modigliani,

Entrambe le predette obiezioni sono, tuttavia, frutto di un approccio alquanto superficiale. I paragrafi che seguono saranno dedicati soprattutto ad evidenziare come il tema della salvaguardia dei locali storici non sia affatto confinabile nell'area della disciplina del commercio e neppure in quella, invero tutt'altro che angusta, delle politiche sulla città. Al contrario, il tema dei locali storici intercetta rilevantissimi problemi di ordine generale, che si traducono in altrettanti complessi interrogativi: come si colloca la "protezione" del locale storico nella dicotomia tra tutela e valorizzazione dei beni culturali? Questa alternativa è portatrice di senso laddove l'oggetto della protezione sia un "bene immateriale" come un'attività economica? E ancora: la protezione dei locali storici si pone in conflitto, o comunque in una delicata condizione di tensione dialettica, con l'effettività delle libertà economiche? Come si gestisce, eventualmente, questo conflitto? Quali sono, in definitiva, gli "attori" di questa dialettica (i singoli negozianti, la cittadinanza, gli enti esponenziali di interessi diffusi, etc.) e quali i poteri sostanziali e processuali che su di essi si appuntano?

Prima di cimentarsi nella disamina dei temi che si sono appena evocati sommariamente, risulta però indispensabile sgombrare il campo dalla pregiudiziale ideologica cui si è pure fatto cenno in apertura di paragrafo. La protezione dei locali storici corrisponde ad un interesse oggettivamente pubblico o consiste piuttosto in un'esigenza soggettivamente circoscritta ad esigue porzioni della popolazione cittadina? La città è davvero arricchita dalla presenza dei locali storici o, al contrario, questi ultimi rischiano, sia pure involontariamente, di rendere ancora più tangibili le lacerazioni che spesso contrassegnano il tessuto urbano, prima fra tutte quella tra la realtà del centro e quella delle periferie?

Non si tratta di domande retoriche, né tantomeno di sterili provocazioni intellettuali. La cronaca, anche giudiziaria, sottopone al giurista, e ancor prima al cittadino politicamente sensibile, molteplici situazioni in cui l'adozione di politiche orientate al perseguimento di finalità di interesse pubblico innesca un paradossale, quanto innegabile, meccanismo di accentuazione delle sperequazioni sociali ed economiche. È il caso, ad esempio, delle politiche ambientali, la cui attuazione talvolta rischia di compromettere l'effettività di diritti sociali costituzionalmente garantiti (il riferimento più immediato, ovviamente, è al cd. caso Ilva) o comun-

---

L'intelligenza delle periferie, in *Limes (Rivista italiana di geopolitica)*, numero monografico dal titolo "*Indagine sulle periferie*", n. 4/2016, 27 ss.; G. Tropea, *Periferie e sicurezza urbana,* in *Nuove autonomie,* 2017, 5 ss. Sullo spazio cittadino, inteso come luogo privilegiato per ogni tipo di sperimentazione che abbia al centro la teoria di beni comuni, v. C. Iaione, *La città come bene comune,* in *Aedon*, 2013, 1. Il tema tocca il profilo, particolarmente caro oggi agli urbanisti, della rigenerazione urbana. Per un'aggiornata e completa trattazione giuridica v. A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018.

que di penalizzare in termini economici coloro che non possono permettersi di orientare i propri consumi in funzione di obiettivi di virtuosità ambientale[2].

Posta in questi termini la questione assume i contorni di un problema squisitamente politico, da affrontare quindi in un'ottica di opportuna redistribuzione dei costi sociali di alcune politiche pubbliche, soprattutto quelle di lungo periodo. Abbandonando, tuttavia, la prospettiva della politica del diritto, per privilegiare l'analisi del dato giuridico vigente, occorre prendere atto che la salvaguardia dei locali storici è un tema che si può affrontare soltanto interrogandosi preliminarmente sul *perch*é (prima ancora che sul *come*) vada assicurata a tali locali – che, giova ricordarlo, ospitano attività commerciali private e dunque legittimamente orientate a obiettivi di profitto – una qualche forma di protezione pubblica. Ancor prima, evidentemente, occorre accordarsi su cosa di intenda per locale storico.

In via di prima approssimazione si può affermare che i locali storici corrispondono ad attività di commercio o di ristorazione che rappresentano una testimonianza tangibile dello spirito che anima la cultura cittadina, la quale dalla presenza di tali locali trae occasioni di riconoscimento e, al contempo, di potenziale rinnovamento. Prendendo le mosse da questa prima definizione di massima occorre dunque conseguentemente chiedersi da che cosa, in ipotesi, i locali storici debbano essere "protetti". La risposta più immediata, ma al contempo meno appagante, a questo interrogativo potrebbe essere quella secondo cui la protezione andrebbe accordata per scongiurare il cambiamento, ossia ogni iniziativa attraverso cui il titolare o il gestore del locale possa incidere sugli elementi materiali (arredi, merceologia, *etc*.) che riflettono il carattere storico/tradizionale dell'attività. La protezione necessaria, secondo questa prospettiva, sarebbe quindi sostanzialmente riconducibile al modello vincolistico in cui tuttora si identifica il sistema di tutela assicurato dall'ordinamento ai beni culturali.

Questa risposta, tuttavia, sconta almeno due non trascurabili criticità.

La prima, che verrà analiticamente esaminata nei paragrafi che seguono, è di tipo tecnico-giuridico e risiede nel fatto che lo strumento del vincolo può incidere soltanto sul supporto materiale attraverso il quale si esplica l'attività commerciale, non certo sull'attività stessa, il cui libero esercizio è garantito da intangibili diritti di rango costituzionale, oltre che di matrice europea. E, tuttavia, è proprio l'attività, e non il bene immobile attraverso cui essa si esplica, l'elemento in cui risiede quel tratto di "specialità" del locale storico che lo rende fattore di costruzione ed arricchimento della cultura cittadina.

[2] Cfr., sul punto, A. Giannelli, *La giuridificazione dell'ambiente*, in *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti, M. Renna, Firenze, 2016, 281 ss. Sulla difficoltà, ma anche necessità, di conciliare ecologia ed economia v. R. Ferrara, *Etica ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in *Trattato di diritto dell'ambiente,* a cura di R. Ferrara e M.A. Sandulli, I, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno,* Milano, 2014, 63, proprio con richiamo al caso Ilva. Sullo sviluppo sostenibile v. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile,* Napoli, 2010.

La seconda criticità concerne il fatto che i locali storici sono tali fintantoché sono percepiti dalla popolazione cittadina come luogo "appartenente alla città", in cui i suoi abitanti, o comunque coloro che della città fanno esperienza, possono entrare in contatto con i fermenti culturali che animano il presente (e quindi condizionano il futuro) della città medesima[3]. Se si accoglie questa premessa diviene chiaro come il vero rischio rispetto al quale si rendono necessarie iniziative di protezione sia proprio quello della "museificazione" dei locali storici, ossia della loro trasformazione in elementi di mera testimonianza del passato, sempre più avulsi dalle dinamiche che in concreto caratterizzano la vita sociale e culturale della città. Il tutto al prezzo di una ulteriore e progressiva disgregazione della comunità cittadina e segmentazione della stessa in gruppi (abitanti e turisti, autoctoni e "forestieri", giovani e meno giovani, abbienti e meno abbienti) che difficilmente condividono spazi urbani e, dunque, esperienze culturali di identificazione collettiva[4]. L'approccio vincolistico al tema della protezione dei locali storici, dunque, prima ancora che impraticabile sul piano giuridico (dovendosi necessariamente traslare la tutela dall'attività al supporto materiale della stessa) risulta destinato ad infrangersi su una contraddizione di tipo strutturale: il locale storico, se tutelato alla stregua di un "qualsiasi" monumento, cessa di essere un locale storico, almeno secondo l'accezione che per la locuzione in questione in questa sede si è accolta.

Quanto si è appena detto fornisce anche una prima risposta all'interrogativo di partenza relativo al *perché* della protezione dei locali storici. Se per locale storico si intende un contesto in cui le molteplici anime della cultura cittadina possono trovare elementi di sintesi e rinnovamento è chiaro che la salvaguardia dei locali in questione diviene un importante strumento per contrastare la "spersonalizzazione" delle città e, soprattutto, favorire virtuose dinamiche di coesione del tessuto sociale. In questa prospettiva, dunque, gli strumenti di protezione che l'ordinamento è chiamato ad approntare a ben vedere non dovranno appuntarsi né sul bene attraverso il quale l'attività commerciale si esplica né sull'attività stessa, ma sulle "occasioni di incontro" che il vero locale storico offre indistintamente a quanti sperimentino, per giorni, mesi, anni o per una vita intera, l'atmosfera della città.

---

[3] È idea ormai condivisa che i beni culturali acquisiscono importanza e significato in quanto sono intimamente connessi al tessuto storico e sociale della civiltà in cui essi hanno rilievo e di cui anzi costituiscono espressione e testimonianza. I relativi interventi di tutela, anche a livello giuridico, presuppongono un approccio integrato, che tenga conto di un adeguato e corretto uso e assetto del territorio e dell'ambiente nel cui contesto si inseriscono i beni culturali e dei diversi livelli di governo nel contesto del pluralismo istituzionale. Sul punto v., da ultimo, A. Crosetti, *Governo del territorio e tutela del patrimonio culturale: un difficile percorso di integrazione,* in *Riv. giur. ed.*, 2018, 81 ss.

[4] Sul tema si vedano i contributi raccolti nel volume *La città: bisogni, desideri, diritti. La città diffusa: stili di vita e popolazioni metropolitane*, a cura di G. Nuvolati e F. Piselli, Milano, 2009

2. *Il falso problema dell'immateriale*

Se si accoglie l'idea che la ragion d'essere e al contempo il vero oggetto della protezione giuridica risieda nelle "occasioni di incontro" offerte dai cosiddetti locali storici, occorre necessariamente confrontarsi con il carattere immateriale dell'oggetto della protezione medesima, e con le conseguenze (vere o presunte) che da tale immaterialità derivano sul fronte degli strumenti giuridici in concreto utilizzabili.

I contributi giuridici che animano l'odierno dibattito scientifico sui temi in esame si sono ampiamente concentrati sul problema della tutela dell'immateriale, mettendo il luce soprattutto la sostanziale inadeguatezza dell'ordinamento vigente[5]. Nel dibattito in corso, tuttavia, serpeggiano almeno due equivoci di fondo, che si appuntano rispettivamente sull'attributo della immaterialità e sul concetto di protezione giuridica.

Sotto il primo profilo occorre innanzitutto chiarire su che cosa esattamente si appunti l'attributo dell'immaterialità. La distinzione imprescindibile è quella tra le ipotesi in cui l'immaterialità interessi il valore economico di una proiezione del bene materiale (anche, ovviamente, di un bene culturale) e quella in cui in cui ad essere oggetto di considerazione giuridica sia, invece, direttamente un bene immateriale.

Il primo caso esula dall'oggetto dell'analisi in corso, e attiene piuttosto ai problemi di quantificazione del valore economico della proiezione immateriale di un bene materiale e dei meccanismi di legittimo sfruttamento e circolazione di tale valore: il caso più celebre, in tal senso, è rappresentato dallo sfruttamento economico dell'immagine dei bronzi di Riace[6].

È la seconda prospettiva quella che, invece, merita di essere approfondita per inquadrare correttamente il tema in esame, e in particolare per rispondere al seguente interrogativo: il problema della salvaguardia dei locali storici risiede nel carattere immateriale di ciò che si pretende di proteggere?

Per tentare di rispondere a questa domanda occorre ancora una volta compiere delle puntualizzazioni sul concetto di immaterialità, il quale si presta ad una lettura che potremmo definire pan-immateriale e una che, di contro, potremmo chiamare riduzionistica.

---

[5] G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del convegno di Assisi (25/27 ottobre 2012), (a cura di) A. Bartolini, D. Brunelli e G. Caforio, Napoli, 2014, 171; S. Fantini, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, ivi, 105; G. Severini, *L'immateriale economico nei beni culturali,* in *Aedon,* n. 3/2015.

[6] G. Manfredi, *La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali*, in *Dir. econ.*, n. 1/2017, 29 ss.

La prima trae le proprie premesse dal pensiero di Giannini[7], il quale riscontra la presenza di beni immateriali ogniqualvolta un bene (materiale) esprima un concreto valore di testimonianza (storica, culturale, affettiva, *etc*.). In quest'ottica, dunque, sono beni immateriali tutti i beni culturali, a dispetto della tangibilità della *res* in cui essi si sostanziano sul piano della realtà materiale. Allo stesso modo, accogliendo queste premesse, dovrebbe considerarsi bene immateriale un vecchio giocattolo, magari rotto e inutilizzabile, ma ricco di potere evocativo per la persona cui è appartenuto o per la famiglia di quest'ultimo.

Questa impostazione coglie un aspetto importante, ossia il fatto che il valore di determinati beni risieda nella percezione in senso lato emotiva degli stessi, oltre che nell'intrinseco pregio della *res* in cui essi si sostanziano. Cionondimeno questa linea di ragionamento sostanzialmente elude il problema dell'immateriale. La tesi gianniniana sostanzialmente ci dice che ogni bene culturale è bene immateriale. Ma, ovviamente, non vale l'affermazione opposta: non tutti i beni immateriali (nell'accezione gianniniana) sono beni culturali. Basti pensare all'esempio del giocattolo o a tutti i casi in cui il dato di percezione non si accompagni ad un valore oggettivo della *res* da cui scaturisce la percezione medesima. Che dire, per l'appunto, dei casi in cui il dato di percezione (i.e. il vissuto personale o collettivo inerente un certo bene) non si sommi al dato "oggettivo" del pregio del bene medesimo? Il che, in definitiva, equivale a chiedersi se esistano beni immateriali che non siano (anche) beni culturali.

Questo interrogativo pretende una risposta formulata sulla scorta delle scelte espresse dal diritto positivo. In altre parole la formulazione corretta della domanda di cui sopra dovrebbe essere: esiste *per l'ordinamento vigente* un bene immateriale, o meglio un regime di protezione del bene immateriale (inteso come bene di "testimonianza collettiva") che non presupponga il carattere "oggettivamente" culturale del bene medesimo?

La risposta a questa domanda è meno semplice di quanto si possa istintivamente essere portati a ritenere. Il primo dato da considerare consiste nelle due Convenzioni Unesco[8], puntualmente ratificate dallo Stato italiano, aventi ad oggetto la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale. In attuazione della prima[9] delle due Convenzioni è stata predisposta una lista (ovviamente sogget-

[7] M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1976, 3 ss.

[8] Si tratta della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale sottoscritta a Parigi il 17 ottobre 2003 e della Convenzione sulla protezione e promozione delle diversità delle espressioni culturali sottoscritta a Parigi il 20 ottobre 2005.

[9] Ai sensi della Convenzione del 2003 sono state istituite due liste di beni immateriali: la Lista Rappresentativa del Patrimonio Culturale immateriale (*Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity*), che contribuisce a dimostrare la diversità del patrimonio intangibile e ad aumentare la consapevolezza della sua importanza; la Lista del Patrimonio Immateriale che necessita di urgente tutela (*List of Intangible Cultural Heritage in Need of Urgent Safeguarding*), che ha lo scopo di mobilitare la cooperazione internazionale e

ta ad aggiornamenti continui) di beni immateriali, non a caso definiti dalla dottrina « "veri" beni immateriali »[10]. Si potrebbe, pertanto, essere indotti a ritenere che, attraverso la ratifica delle convenzioni l'ordinamento abbia superato l'impostazione tradizionale secondo cui la tutela in senso tecnico non può prescindere dall'evidenza materiale dell'oggetto della tutela stessa. Questa conclusione, tuttavia, è smentita dal dato positivo. L'art. 7-*bis* del Codice dei beni culturali precisa, infatti, che «le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle convenzioni Unesco sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10». La norma, dunque, è molto chiara, ma al contempo esprime un apparente paradosso[11]: i beni immateriali, per il Codice, sono soltanto quelli muniti di un'evidenza materiale. Non solo: il (necessario) supporto materiale deve presentare, affinché la fattispecie considerata possa ritenersi assoggettata al Codice stesso, i requisiti per l'apposizione del vincolo. In estrema sintesi, il bene immateriale è preso in considerazione dal codice nella misura in cui sia (anche) un bene materiale suscettibile di vincolo[12].

Tutto ciò che cosa significa? Che l'ordinamento non prende in considerazione i beni immateriali che non siano anche beni culturali vincolabili? In caso affermativo, questo preclude ogni politica di salvaguardia dei locali storici, salvo quelli collocati entro immobili suscettibili di vincolo culturale?

La risposta agli interrogativi che precedono deve tener conto del fatto che l'ordinamento vigente si fonda sull'identità tra bene culturale e bene tutelabile attraverso l'apposizione del vincolo. Il bene culturale è tale in quanto suscettibi-

---

fornire assistenza ai portatori di interessi per adottare misure adeguate. Gli elementi italiani iscritti nella Lista Rappresentativa del Patrimonio Culturale immateriale sono 8: opera dei pupi siciliani (2008); canto a tenore sardo (2008); saper fare liutaio di Cremona (2012); dieta mediterranea (2013); festa delle grandi macchine a spalla (2013); vite ad alberello di Pantelleria (2014); falconeria elemento transazionale (2016); arte dei pizzaioli napoletani (2017). In Lombardia è stata emanata la l.r. 23 ottobre 2008, n. 27 («Valorizzazione del patrimonio culturale immateriale»), con la quale è stata prevista l'approvazione con cadenza annuale da parte della Giunta di un programma di interventi di "censimento" e valorizzazione del patrimonio culturale immateriale presente nel territorio lombardo.

[10] G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, cit.

[11] Parla di un vero e proprio ossimoro A. Bartolini, *Il concetto di bene culturale e le sue plurime concezioni*, Relazione al *Convegno annuale Aipda 2018 – Reggio Calabria, 4-6 ottobre 2018*, in *Annuario AIPDA 2018. Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e amministrazione*, Napoli, 2018, 45, il quale tuttavia mette in guarda dai rischi insiti nell'adozione di una accezione blanda di bene culturale immateriale, rischi che si compendiano in una sostanziale de-giuridificazione della nozione in questione.

[12] Anche in questo caso, come si dirà più ampiamente *infra* per i locali storici, alcune regioni, mosse dall'intento di preservare i loro dialetti, i loro usi ed eredità immateriali, hanno previsto forme di protezione del patrimonio intangibile, dotandosi di discipline *ad hoc.* Anche a livello statale, peraltro, seppure in ambito settoriale, lo scenario descritto sembra(va) destinato a mutare, grazie a distinti disegni di legge concernenti le manifestazioni, le rievocazioni e i giochi storici, poi confluiti in un Testo unificato presentato alla Camera, il 26 luglio 2017: *"Disposizioni per la promozione, il sostegno e la valorizzazione delle manifestazioni, delle rievocazioni e dei giochi storici"*. Cfr. sul tema A. Gualdani, *Primi passi verso una disciplina di settore dei beni immateriali. Il caso del disegno di legge sulle manifestazioni, rievocazioni e giochi storici,* in *Aedon,* n. 3/2017.

le di vincolo, il quale a sua volta presuppone l'esistenza di una *res*. In questo contesto i beni culturali immateriali non potevano che essere quelli per cui sussistessero i presupposti della vincolabilità. Ma l'attributo della immaterialità non deve necessariamente abbinarsi, ai fini della tutela, a quello della "culturalità". In altre parole il bene immateriale può certamente fruire di una tutela diversa da quella che interessa i beni culturali, la quale – come si è visto – presuppone l'apponibilità del vincolo (e dunque la presenza di una *res*). Non appaiono, quindi, del tutto giustificate le affermazioni secondo cui l'ordinamento, e in particolare il Codice dei beni culturali, avrebbero condannato l'area dell'immateriale ad una condizione di anacronistica irrilevanza giuridica. Più semplicemente il Codice esclude l'immateriale (*rectius* l'immateriale che non si esprima in una testimonianza materiale suscettibile di vincolo) dall'area della tutelabilità mediante quei particolari strumenti (in sostanza quelli di tipo vincolistico) che il Codice stesso predispone per la tutela dei beni culturali. Resta, per converso, impregiudicata la possibilità per il legislatore di approntare iniziative di salvaguardia dei beni immateriali coerenti con la peculiare natura degli stessi.

Quanto precede comporta delle conseguenze anche in tema di salvaguardia dei locali storici. L'attività commerciale, con ogni evidenza, di per sé rappresenta un bene immateriale, pur dovendosi ovviamente esplicare in un adeguato contesto logistico, avente le caratteristiche di un bene immobile. Ciò ha orientato il dibattito in una direzione che, tuttavia, rischia di essere fuorviante. A ben vedere, infatti, non è il carattere immateriale dell'attività il vero elemento problematico ai fini della predisposizione di iniziative legislative di tutela. Vero è che, come si è visto, l'applicazione del Codice dei beni culturali non può riguardare i beni immateriali "puri" ma, al contempo, è altrettanto vero che al di fuori del Codice potrebbe di certo essere predisposta una disciplina di tutela che non presupponga l'ancoraggio dell'immateriale su un supporto materiale. Non è dunque l'immaterialità in sé considerata il fattore che davvero condiziona la legislazione orientata ad obiettivi di salvaguardia dei locali storici.

Qual è, dunque, l'elemento in cui si annida il problema in esame, ossia quello della salvaguardabilità dei cd. locali storici? Esso risiede nel fatto che l'esercizio dell'attività commerciale scaturisce da una libera iniziativa economica, che in quanto tale non può essere conculcata. Un ipotetico regime di tutela dei locali storici che imponga, in modo più o meno esplicito, la "tenuta in vita" del locale o la continuità della gestione dello stesso si porrebbe in frontale contrasto con inviolabili diritti costituzionali di libertà, primo fra tutti quello sancito dall'art. 41 Cost. In ciò risiede l'autentico limite invalicabile per il legislatore, indipendentemente dal profilo inerente la (non) applicabilità del Codice dei beni culturali.

La conclusione appena raggiunta non priva, in ogni caso, di complessità il tema in analisi. Il fronte da presidiare, infatti, resta quello delle possibili elusioni del limite sopra indicato. Se è vero che nessuno può seriamente dubitare dell'inviolabilità del diritto di iniziativa economica è altrettanto vero che, in concreto, l'esercizio di tale diritto può essere fortemente condizionato dall'apposizione di vincoli che, pur formalmente indirizzati sul supporto materiale dell'attività stessa (ossia in concreto sull'immobile e/o sugli arredi ivi presenti), di fatto siano preordinati a conformare le scelte imprenditoriali del titolare del locale ad una logica di osservanza della tradizione e, per essa, di continuità nelle modalità di esercizio dell'attività commerciale.

3. *La giurisprudenza costituzionale e amministrativa relativa al rapporto tra bene/locale storico e attività culturale/imprenditoriale*

Quanto sopra rilevato con riguardo ai beni immateriali in generale, vale certamente anche per i locali storici.

Per una lunga fase la tutela di questi ultimi, radicata su una prospettiva vetero-centralista, non è stata individuata nella normativa di tutela dei beni culturali, salvo che potesse acclararsi la sussistenza di un interesse storico-artistico intrinseco nell'immobile ove si svolge l'attività commerciale (art. 10, comma 3, lett. *a*), Codice) ovvero di un interesse c.d. relazionale tra il locale e «*la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere*» o, infine, nel riconoscimento dell'immobile nel novero delle «*testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose*» (art. 10, comma 3, lett. *d*), Codice). Fuori da questi casi la giurisprudenza amministrativa[13], anche sulla scia dell'insegnamento della Corte costituzionale[14], ha escluso la configurabilità di un bene culturale, con tutto ciò che ne consegue in termini di impossibilità di accordare qualsiasi forma di tutela.

Diverso è stato, più di recente, l'approccio sul tema delle regioni, le quali hanno per prime avvertito la necessità di apprestare svariate forma di tutela, per quanto "atipica"[15] (non a caso spesso si parla di "salvaguardia").

---

[13] Sin da Tar Campania, Napoli, Sez. I, 21 aprile 1999, n. 8556, in *Urb. App.*, 2000, 2, 189 ss., con nota di A.L. Tarasco, *Attività culturali e vincoli storico-artistici a Napoli: da "Gay Odin" alla "Libreria internazionale Treves"*.

[14] Corte cost. 9 marzo 1990, n. 118, in *Giur. Cost.*, 1990, 660, con nota di F. Rigano, *Tutela dei valori culturali e vincoli di destinazione d'uso dei beni materiali*, 665 ss.

[15] A.L. Tarasco, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura,* in *Aedon*, n. 1/2018, § 6.

Peraltro, proprio la Corte costituzionale (e sulla sua scia la giurisprudenza amministrativa) ha dato un grande contributo sui profili sinora menzionati: in particolare si è occupata sia del rapporto vincolo sul bene e/o sull'attività sia della questione se i locali storici siano una nuova categoria di beni culturali e se le leggi regionali che li salvaguardano violano la materia "tutela dei beni culturali" di cui all'art. 117, comma 2, lett. *s)*, Cost.

Esaminiamo partitamente questi due filoni.

La giurisprudenza amministrativa in tema di rapporto tra bene/locale storico e attività culturale/imprenditoriale origina dalla fondamentale sentenza della Corte cost. n. 118/1990[16], relativa al caso dell'Antico Caffè Genovese di Cagliari. Secondo il remittente Tar del Lazio, gli artt. 1 e 2 della legge n. 1089/1939 si ponevano in contrasto con l'art. 9 Cost., in quanto non avrebbero consentito di tutelare attività culturalmente rilevanti, relative ad una precisa zona del territorio urbano, ovvero i centri storici. La Consulta mette al centro lo stretto rapporto tra valore testimoniale e cose che ne costituiscono il supporto materiale: il primo non può essere protetto disgiuntamente dal bene. Mentre il giudice remittente cerca di far convergere il *thema decidendum* sulla questione dei centri storici, la Corte ritiene che il discorso sui centri storici non sia direttamente rilevante; sul punto esiste la disciplina speciale che viene in rilievo al momento del rilascio delle licenze di commercio, ma si tratta di un altro discorso. L'attività economica non si può vincolare, al massimo si può valorizzare. L'esigenza di protezione culturale del bene si manifesta in un vincolo di destinazione che agisce sulla proprietà e che è ricondotto alla funzione sociale di quest'ultima di cui all'art. 42 Cost. D'altra parte il vincolo non può riguardare né l'attività culturale in sé e per sé, la quale deve essere libera in base agli artt. 2, 9 e 33 Cost., né l'iniziativa economica, del pari libera ai sensi dell'art. 41 Cost. Dunque il limite sull'uso è legittimo in tanto in quanto si lega alla necessità di tutelare beni mobili o immobili, che manifestano un dato valore testimoniale, mentre un vincolo diretto di prosecuzione di una precisa attività economica (es. un ristorante, una libreria, etc.) deve considerarsi illegittimo[17].

Sulla scorta di questa sentenza si segnalano molte pronunce del giudice amministrativo, dalle quali emerge un'impostazione di fondo basata sulla teoria della "compenetrazione" fra bene materiale e valore testimoniale del locale.

Si attraversava una fase in cui l'amministrazione dei beni culturali, facendo un impiego particolarmente estensivo dei propri poteri *ex* art. 2 della legge n. 1089/1939, aveva avviato una diffusa strategia vincolistica su immobili sede di

[16] Corte cost., 9 marzo 1990, n. 118, cit.

[17] P. Carpentieri, *Il territorio tra tutela e trasformazione. Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici. I beni culturali e la normativa urbanistica,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 26.

imprese di carattere commerciale, in ragione della (pretesa) connessione fra i locali stessi e le attività ivi esercitate con eventi della storia e della cultura. Il giudice amministrativo è chiamato a individuare i confini dell'esercizio legittimo di tale potere, in un contesto ordinamentale, si badi, ancora caratterizzato dall'idea di fondo secondo cui la valutazione di preminenza dell'interesse pubblico culturale, rispetto alle situazioni soggettive del destinatario del vincolo, risulta compiuta *a priori* dal legislatore, il quale, in presenza dei presupposti indicati dalla norma, ha conferito all'amministrazione il potere-dovere di effettuare l'apposizione del vincolo[18].

Entro questi stringenti limiti, che hanno ricadute sul tema del sindacato sulla discrezionalità tecnica, e in linea con la presa di posizione della Consulta del 1990, la legittimità dei vincoli in questione viene riconosciuta ogniqualvolta la motivazione del provvedimento di vincolo consenta di verificare un legame obiettivo tra l'immobile – considerato nella sua materialità, arredi compresi – ed i valori storico-culturali che l'amministrazione ha voluto tutelare attraverso il vincolo. Si richiede, in buona sostanza, che detti valori siano "incorporati" (ovvero "incarnati", "compenetrati", "immedesimati", a seconda delle sentenze) nella struttura materiale.

Al contrario, laddove tale collegamento appaia inconsistente, a cagione di una motivazione che non dia adeguatamente conto di esso, si perviene all'annullamento del provvedimento, secondo varie prospettive, che variano da sentenza a sentenza: il travisamento dei fatti, l'illegittimità per mancanza di oggetto del provvedimento (*ergo:* violazione di legge per difetto dei presupposti per l'esercizio del potere), ovvero lo sviamento di potere, quando appunto il fine effettivamente perseguito è quello – pur apprezzabile – della continuazione della gestione dell'impresa[19].

Si ricorda, in questo senso, l'emblematico caso dell'antica farmacia di Piazza del Campo in Siena, in cui il Consiglio di Stato[20] ha ritenuto che non fosse estranea al sistema dei vincoli per la tutela delle cose di interesse storico ed artistico la previsione di limiti alla loro destinazione, senza che ciò peraltro si risolva nell'obbligo di gestire una determinata attività. La sentenza in questione si riferisce ad una storica farmacia di Siena che risalirebbe, secondo la tradizione, al XII secolo, ed avrebbe pure ospitato Dante Alighieri.

Le censure sono, come detto, spesso fondate sullo sviamento di potere, perché con l'imposizione del vincolo l'amministrazione avrebbe inciso sullo svolgi-

[18] Su questa impostazione v. G. Tropea, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Dir. proc. amm.,* 2012, 718 ss. Sul tema v. anche F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione,* in *Dir. proc. amm.*, 1983, 263 ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche,* Milano, 1985; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione,* Napoli, 2007.

[19] N. Aicardi, *Vincoli di relazione storico-culturale ed immobili destinati ad attività commerciali*, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, 635-636.

[20] Sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 741.

mento di un'attività commerciale in un certo immobile. Così nel caso dell'antico ristorante Bagutta di Milano[21], nel quale si censurava che di fatto attraverso il vincolo venisse impedita l'esecuzione di un provvedimento giudiziale di finita locazione nei confronti del soggetto esercente l'attività commerciale, traducendosi ciò in un vincolo non previsto dalla norma e in una sostanziale proroga *sine die* del contratto di locazione. Come vedremo, si tratta di una casistica particolarmente interessante, che, curiosamente proprio a Milano, è di recente tornata alla ribalta nel caso "galleria di Milano", che ha ad oggetto anche la delicata questione di conformità o meno al diritto europeo del subentro o del rinnovo di concessioni su locali di proprietà comunale costituenti (almeno alcuni di essi, il che, a ben guardare, non è un dettaglio) anche locali storici (v. *infra*, § 7). Nel più risalente caso del 2002 il Consiglio di Stato rende una "tipica" motivazione di rigetto della censura di sviamento, ribadendo la tesi della compenetrazione tra locale e sua pregressa utilizzazione, e osservando che il vincolo non riguarda l'attività imprenditoriale in sé, né quella culturale, l'una e l'altra dovendo potersi esplicare liberamente sulla base dei principi della Carta (e della Corte) costituzionale.

Si colloca sulla medesima linea la sentenza[22], relativa al caso dell'antico negozio Pietro Romanengo fu Stefano in Genova, dove gli appellanti proprietari lamentavano che il vincolo gravante sugli arredi del negozio si fosse tradotto nell'illegittima imposizione di un'unica attività esercitabile all'interno dei locali, intaccando le facoltà riconosciute in capo ai proprietari, espressione altresì della libera attività di impresa garantita dalla Carta costituzionale, mentre il Consiglio di Stato conferma la sentenza di primo grado che aveva «esaltato la funzione conformativa della privata proprietà riposta nelle disposizioni di cui al D.lvo n. 490/1999» nonché l'impostazione per cui, volendosi tutelare il negozio in considerazione del valore dell'attività ivi svolta, si è reso necessario apporre il vincolo sul "contenuto", e non soltanto sul "contenente", e reputa legittima la prescrizione vincolistica muovendo dalla considerazione contenuta nella relazione allegata ai decreti impugnati per cui «gli arredi del negozio, oltre ad incarnare i valori storico-artistici, mantengono integro ed ancora attuale il vincolo strumentale (che li lega) all'esercizio dell'attività commerciale svolta nei locali».

Anche sulla scorta di quanto osservato sopra, si può rilevare a questo punto come la tesi della "compenetrazione" non convinca del tutto. Al di là della sua opinabilità, legata ad una applicazione inevitabilmente casistica, si rileva come possano sussistere anche locali non di pregio[23] (anche se varie leggi regio-

[21] Cons. Stato, Sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5434.

[22] Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009.

[23] Osserva A.L. Tarasco, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura,* cit., § 3, che, seppure sia vero che talvolta il contenitore costituisce a sua volta un bene di rilevanza culturale, a volte il rapporto si presenta invertito a favore del solo contenitore o del solo contenuto.

nali implicano tale compenetrazione)[24]. Peraltro, potrebbe rilevare sul punto il tema del "decoro urbano", come vincolo nella disciplina sul commercio a che certi centri storici non vengano deturpati[25]. Sicché spesso richiedere la connessione necessaria fra il locale e il bene culturale non serve alla bisogna, oltre ad essere un aspetto fuori fuoco. Come si è già rilevato, il problema non è l'immaterialità in sé, ma il fatto che in questo caso l'immateriale, in quanto protetto, può toccare libertà economiche. La nozione di "compenetrazione" rischia di obliterare questo aspetto.

Il legislatore statale non ha contribuito ad uscire da questa *impasse,* come confermano recenti arresti giurisprudenziali.

Quello regionale, la cui operatività è stata di fatto negli anni svincolata dalla Corte costituzionale, come vedremo offre un ventaglio di soluzioni eterogenee, che non derivano dal semplice (e in questo senso astrattamente lodevole) pluralismo autonomista degli approcci, ma che riflette un ben più preoccupante imbarazzo qualificatorio di fondo. Ma sul punto si tornerà.

Restiamo per ora alla legislazione statale.

Se in passato si è intervenuto attraverso la leva delle locazioni, in base ad una abrogata disciplina che ha previsto il potere dei Comuni di stabilire, limitatamente ad esercizi commerciali, attività incompatibili, al fine di tutelare tradizio-

---

[24] Per una critica a tale impostazione estetizzante v. *infra*, § 5.

[25] Si tratta di una disciplina che sempre più ha a che fare col tema della "sicurezza urbana", e che si pone in costante tensione coi principi euro-unitari in tema di liberalizzazione. Nel nostro ordinamento il pensiero va all'art. 35, comma 6, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni nella legge 15 luglio 2011, n. 111, e all'art. 31, comma 1, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni nella legge 22 dicembre 2011, n. 214, che riconoscono come principio generale del nostro ordinamento la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi genere, compresi gli orari di apertura e chiusura dell'esercizio, esclusi quelli connessi alla salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi compreso quello urbano, e dei beni culturali. Si v. sul punto A. Squazzoni, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il sindaco, il questore e il prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, in www.penalecontemporaneo.it. Cfr. anche Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, 7 maggio 2014, n. 480, secondo cui: «Rispetto alla attuale cornice normativa tesa alla massima apertura alla concorrenza, la totale preclusione introdotta da una deliberazione che in determinati ambiti ("ambiti storici per la valorizzazione del sistema commerciale" e per i beni vincolati *ex* d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42) non ammette talune attività quali "vendita ed erogazione di servizi attraverso distributori automatici in apposito locale ad esse adibito in modo esclusivo, lavanderie self service e a gettone, vendita di materiale erotico o pornografico (sexy shop)…" risulta irragionevole e sproporzionata, ove rapportata ad un'attività economica quale è quella concernente la vendita di materiale erotico o pornografico mediante apparecchi automatici (in particolare, nella specie la sezione ha ritenuto che le ragioni della scelta operata dall'amministrazione, riferite alla valorizzazione della funzione di aggregazione sociale degli esercizi di vicinato, alla possibilità di interscambio e incontro tra cittadini, al presidio dell'integrità del territorio, al sostegno alle attività locali, alla salvaguardia dell'identità dei prodotti e delle peculiarità dei luoghi e allo sviluppo di un turismo di qualità non fossero bilanciate con il valore comunitario della concorrenza e la spinta alla piena liberalizzazione delle attività economiche promossa dalla normativa comunitaria e nazionale e tali, quindi da integrare quelle "gravi ragioni di interesse generale", atte a sostenere la previsione regolamentare totalmente ostativa all'insediamento)». Sul tema si veda anche P. Amovilli, *Centro storico e disciplina del commercio*, in *Aedon*, 1/2014.

ni commerciali locali o aree di particolare interesse sul proprio territorio[26], più di recente col d.l. n. 91/2013, convertito con modifiche con la legge n. 112/2013, si è inserito all'art. 52 del Codice dei Beni Culturali il seguente comma «1-*bis*. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 7-*bis*, i comuni, sentito il soprintendente, individuano altresì i locali, a chiunque appartenenti, nei quali si svolgono attività di artigianato tradizionale e altre attività commerciali tradizionali, riconosciute quali espressione dell'identità culturale collettiva ai sensi delle convenzioni UNESCO di cui al medesimo articolo 7-*bis*, al fine di assicurarne apposite forme di promozione e salvaguardia, nel rispetto della libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione».

Tale disposizione, quanto a contenuto prescrittivo, non sembra particolarmente innovativa rispetto alla giurisprudenza sopra richiamata, nonché alla legislazione regionale sui locali storici, anche a cagione della clausola di salvaguardia di cui all'art. 41 Cost., che rievoca la storica sentenza della Consulta del 1990. Tuttavia si è osservato che la riforma del 2013 avrebbe avuto il merito di assicurare finalmente un processo virtuoso e di reciproco sostegno e integrazione tra il profilo materiale e quello immateriale, sinora tenuti troppo rigidamente separati tra loro, come confermerebbe proprio la giurisprudenza, che ha effettuato nel tempo una sorta di «tentativo alchimistico di imprigionare e trattenere lo spirito del corpo materiale che lo conteneva, per evitare la "ossificazione" dei centri storici e la loro perdita di memoria e di anima»[27].

Seguendo tale suggestione, si è rilevato che tale disposizione mostrerebbe la possibilità di superare i limiti segnati dalla giurisprudenza, che si è arrestata sulla soglia del vincolo all'attività, frenata dalla forza dell'inespropriabilità della proprietà privata, e che il vincolo all'attività può indirettamente derivare dal vincolo sull'immobile e sugli arredi in quanto compenetrati del valore testimoniale delle attività che in essi si erano svolte, per arrivare ad affermare la necessità giuridica di dare tutela non solo alle cose, ma anche alle attività, consentendo così un'esplicita assoggettabilità a vincolo storico-culturale dell'immobile, degli arredi e della stessa attività che in essi si è svolta e che ad essi ha conferito qual particolare significato e valore storico-artistico[28].

Sennonché anche tale suggestiva ricostruzione non convince del tutto, per due convergenti ragioni.

---

[26] Si tratta dell'art. 4 del d.l. 9 dicembre 1986, n. 832 (recante «*Misure urgenti in materia di contratti di locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione*»), convertito con modificazioni dalla legge 6 febbraio 1987, n. 15. La disposizione è stata abrogata dall'art. 26 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 e non ha trovato riscontro nella nuova disciplina del commercio.

[27] P. Carpentieri, *Il territorio tra tutela e trasformazione. Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici. I beni culturali e la normativa urbanistica,* cit., 29.

[28] P. Carpentieri, *op. e loc. ult. cit.*

La prima si rifà a quanto sopra osservato: non è l'immaterialità in sé considerata il fattore che davvero condiziona la legislazione orientata ad obiettivi di salvaguardia dei locali storici. O meglio, lo è soltanto nella misura in cui si pone come problema di rapporto col bene materiale, e in questo senso intercetta la difficile opera di bilanciamento effettuata dalla giurisprudenza attraverso il criterio della "compenetrazione", la cui verifica si rende necessaria in tanto in quanto si resta a livello di disciplina statale, dove l'immateriale del locale storico resta legato al materiale dell'arredo.

Si dimostra, una volta di più, che quello dell'immateriale è un falso problema, tanto è vero che lo stesso legislazione statale nel 2013 non ha realmente svincolato quest'ultimo dalla *res*, fermo restando il rispetto del limite di cui all'art. 41 Cost. Come si dirà meglio avanti, dall'art. 52, comma 1-*bis* emerge una "pregiudiziale di vincolo" sotto due punti di vista, uno sostanziale (in forza del quale il riconoscimento comunale dell'esercizio storico può intervenire solo, come si è visto, con riferimento ad esercizi commerciali che rientrino nel regime dei beni immateriali Unesco, i quali – come si è già riferito – devono giovarsi di un supporto materiale "pregevole") e uno procedurale (rappresentato dal necessario coinvolgimento del Soprintendente).

Viceversa è proprio sul limite dell'art. 41 Cost. che si incide, indebolendosi ulteriormente la tenuta del principio di iniziativa economica privata, che già in precedenza nelle applicazioni pratiche giurisprudenziali sovente finiva per soccombere in un "bilanciamento" con l'art. 9 Cost. in cui quest'ultimo tendenzialmente si imponeva, anche grazie al dogma dell'insindacabilità intrinseca della discrezionalità tecnica.

Ma, soprattutto, è un falso problema perché la più recente giurisprudenza costituzionale, chiamata a pronunciarsi nella prospettiva del contenzioso Stato-Regioni, fa ben comprendere come queste ultime siano le reali attrici del (possibile, ma non scontato) processo di emancipazione dell'immateriale dal supporto materiale-estetico del locale storico.

In due sensi.

Prima di tutto perché proprio la Corte costituzionale[29] ha di recente dichiarato l'incostituzionalità del sopra richiamato art. 52, comma 1-*bis*, del Codice dei beni culturali[30], ritenendo che nel caso di specie si tratti di «concorrenza di competenze» (tutela dei beni culturali, valorizzazione, commercio, artigianato), attribuite o alla potestà legislativa esclusiva dello Stato o a quella concorrente dello Stato e delle Regioni, ovvero infine a quella residuale delle Regioni, senza che in termini qualitativi o quantitativi sia individuabile un ambito materiale che possa considerarsi "prevalente" sugli altri, giustificandosi così l'applicazione del principio di leale collaborazione e quindi il modello dell'intesa.

Il legislatore è quindi nuovamente intervenuto, nell'ottica di offrire qualche ulteriore strumento per una più efficace disciplina dei raccordi procedimentali a tutela del patrimonio culturale. Nel d.lgs. 25 novembre 2016 n. 222 è previsto, all'art. 1, comma 4, che «per le finalità indicate dall'art. 52 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, il Comune, d'intesa con la regione, sentito il Soprintendente del Ministero dei beni e delle attività culturali, può adottare deliberazioni volte a delimitare, sentite le associazioni di categoria, zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico, in cui è vietato o subordinato ad autorizzazione… l'esercizio di una o più attività… individuate con riferimento al tipo o alla categoria merce-

[29] Sentenza 9 luglio 2015, n. 140. In dottrina si veda G. Sciullo, *Corte costituzionale e nuovi scenari per la disciplina del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 1/2017.

[30] Nonché del comma 1-*ter*, che recitava: «Al fine di assicurare il decoro dei complessi monumentali e degli altri immobili del demanio culturale interessati da flussi turistici particolarmente rilevanti, nonché delle aree a essi contermini, i competenti uffici territoriali del Ministero, d'intesa con i Comuni, adottano apposite determinazioni volte a vietare gli usi da ritenere non compatibili con le specifiche esigenze di tutela e di valorizzazione, comprese le forme di uso pubblico non soggette a concessione di uso individuale, quali le attività ambulanti senza posteggio, nonché, ove se ne riscontri la necessità, l'uso individuale delle aree pubbliche di pregio a seguito del rilascio di concessioni di posteggio o di occupazione di suolo pubblico. In particolare, i competenti uffici territoriali del Ministero e i Comuni avviano, d'intesa, procedimenti di riesame, ai sensi dell' articolo 21-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, delle autorizzazioni e delle concessioni di suolo pubblico, anche a rotazione, che risultino non più compatibili con le esigenze di cui al presente comma, anche in deroga a eventuali disposizioni regionali adottate in base all'articolo 28, commi 12, 13 e 14, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e successive modificazioni, nonché in deroga ai criteri per il rilascio e il rinnovo della concessione dei posteggi per l'esercizio del commercio su aree pubbliche e alle disposizioni transitorie stabilite nell'intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, prevista dall'articolo 70, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 recante attuazione della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno. In caso di revoca del titolo, ove non risulti possibile il trasferimento dell'attività commerciale in una collocazione alternativa potenzialmente equivalente, al titolare è corrisposto da parte dell'amministrazione procedente l'indennizzo di cui all'articolo 21-*quinquies*, comma 1, terzo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel limite massimo della media dei ricavi annui dichiarati negli ultimi cinque anni di attività, aumentabile del 50 per cento in caso di comprovati investimenti effettuati nello stesso periodo per adeguarsi alle nuove prescrizioni in materia emanate dagli enti locali».

ologica, in quanto non compatibile con le esigenza di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale»[31].

In secondo luogo, in quanto già da tempo essa ha chiarito, sebbene con motivazione perplessa, che è consentito alle Regioni valorizzare i locali storici, non trattandosi di beni culturali "in senso stretto", e in quanto tali non soggetti alla disciplina vincolistica di cui al precedente d.lgs. n. 490/1999[32].

Per ambo le vie lo spazio di intervento del legislatore regionale tende ad ampliarsi; sennonché esso rimane fortemente ambiguo, poiché a monte restano irrisolti i problemi definitori circa i confini tra "tutela" e "valorizzazione", come attesta l'incerto richiamo (proprio nella legge regionale laziale sospetta di incostituzionalità) ad un'attività di confine quale la "salvaguardia", e, più in profondità, circa natura e caratteri del locale storico, sui quale la legislazione regionale offre un panorama variegato a seconda se l'enfasi cada o meno sull'approccio estetizzante e sulla c.d. pregiudiziale di vincolo, come era di fatto per la normativa statale del 2013, dichiarata incostituzionale.

4. *Locali storici tra valorizzazione e tutela. Il contenzioso Stato-Regioni come occasione per riflettere sull'oggetto degli interventi pubblici di "salvaguardia"*

Come si è accennato, già con la sentenza n. 94/2003 la Corte costituzionale si è pronunciata con riguardo a una legge regionale che, con molta cautela, utilizzava il termine «salvaguardia» per indicare le attività volte a tutelare ed a valorizzare i locali storici.

---

[31] Si ritiene che in termini di delimitazione, la norma non si riferisca esclusivamente alle attività commerciali, quanto piuttosto a tutte le attività previste dal decreto; si tratta quindi di commercio, edilizia e ambiente. In termini finalistici, la norma fa riferimento all'art. 52 del Codice Urbani recante prescrizioni di tutela di aree di valore culturale e dei locali storici tradizionali, limitatamente all'esercizio del commercio. La normativa introdotta dal d.lgs. n. 222/2016 appare, dunque, dettata allo scopo di estendere la tutela già prevista dall'art. 52 del Codice Urbani per la disciplina delle attività commerciali ad altre attività economiche onde evitare il contrasto di queste con le vocazioni culturali delle stesse (soprattutto nei centri storici), lo strumento di coordinamento individuato è quello tradizionale dell'intesa tra Comune e regione. Così A. Crosetti, *Governo del territorio e tutela del patrimonio culturale: un difficile percorso di integrazione,* cit., il quale mette pure in luce che il denominatore comune di questo tipo di normative è la considerazione per cui i centri storici abbisognano di una protezione particolare rispetto alla tutela dei beni culturali accordata dalla disciplina statale che ha finalità generali. Essa è volta, infatti, principalmente, al mantenimento ed al recupero degli edifici e di agglomerati urbani prescindendo dal pregio dei singoli manufatti (e aree), i quali possono anche non presentare reali ed intrinseche qualità architettoniche e tipologiche, ma ben esprimono l'insieme dei caratteri strutturali che contraddistinguono valori storici e testimonianze culturali, anche di vita comune e sociale, tenuto conto che costituiscono, molto spesso, figurativamente, l'assetto di una edilizia minore c.d. spontanea.

[32] Corte cost., 28 marzo 2003, n. 94.

La Corte era chiamata a valutare se la legge regionale del Lazio n. 31 del 2001 eccedesse la competenza regionale sotto due punti di vista: in primo luogo quello concernente l'ipotizzata invasione della riserva esclusiva dello Stato, di cui all'art. 117, comma 2, lett. *s)*, in tema di "tutela dei beni culturali"; in secondo luogo, quello riguardante la presunta violazione dei principi fondamentali determinati dal legislatore nazionale in tema di "valorizzazione dei beni culturali".

Detta legge regionale prevedeva[33] la formazione di un elenco regionale dei locali aventi «valore storico, artistico ed ambientale», la cui compilazione è affidata ad uffici comunali e regionali sulla base dei criteri stabiliti dalla Regione Lazio d'intesa con le Sovraintendenze statali territorialmente competenti. Dispone inoltre che l'inclusione di un immobile in detto elenco comporta la possibilità di accedere a finanziamenti regionali finalizzati a provvedere alla manutenzione o al restauro dei locali, nonché degli arredi o strumenti in essi contenuti, oppure a fronteggiare eventuali aumenti del canone di locazione. Infine stabilisce che il finanziamento concesso per la manutenzione o il restauro comporta l'imposizione sull'immobile di un «vincolo di destinazione d'uso» da trascriversi – previo assenso del proprietario, se diverso dal beneficiario – nei registri immobiliari, con la esplicita possibilità che i vincoli stessi possano essere rimossi «previa restituzione di una somma pari all'entità del contributo maggiorata degli interessi legali».

Secondo la Corte costituzionale la legge regionale del Lazio non pretende di determinare una nuova categoria di beni culturali ai sensi del d.lgs. n. 490/1999. Le funzioni di apposizione del vincolo, riservate allo Stato, riguardano infatti i beni culturali quali definiti e disciplinati dal d.lgs. n. 490/1999, ma non altri beni cui, ai fini della valorizzazione, possa essere riconosciuto particolare valore storico o culturale da parte di una comunità regionale o locale, senza che ciò comporti la loro qualificazione come beni culturali ai sensi del d.lgs. n. 490/1999 e la conseguente speciale conformazione del loro regime giuridico.

Allo stesso modo la Consulta ritiene che la legge regionale, nel prevedere «Vincoli di destinazione d'uso» sui locali non abbia invaso la competenza esclusiva statale in tema di "ordinamento civile" e di "ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato", in quanto modificativa della disciplina in tema di proprietà privata o pubblica degli immobili entro cui operano i "locali storici"; al contrario, la norma in questione subordina l'erogazione dei finanziamenti ad un apposito atto d'obbligo unilaterale prodotto dai soggetti beneficiari dei finanziamenti, e ciò appare in linea con le competenze regionali, nell'ambito di materie di competenze delle regioni, che prevedano la costituzione di vincoli di destinazione.

I primi commentatori hanno messo in luce che la sentenza andava a toccare due punti nevralgici del dibattito in tema di beni culturali: da un lato la distinzio-

[33] Nel Lazio la legge attualmente vigente in materia di locali storici è la 10 agosto 2016, n. 12.

ne tra tutela e valorizzazione[34], dall'altro la nozione stessa di bene culturale, nella dialettica fra una concezione tendenzialmente "chiusa" (imperniata sull'elenco di cui agli artt. 2 e 3 del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490) e una visione "aperta" di bene culturale quale «testimonianza materiale avente valore di civiltà» (secondo la nota definizione proposta dalla Commissione Franceschini istituita con la legge 26 aprile 1964, n. 310).

Orbene, secondo taluni la Consulta, nel rilevare come ci siano i beni culturali in senso stretto, che sono quelli indicati dal Codice, e altri beni pure culturali o a rilevanza culturale che la Regione può selezionare ai soli fini della valorizzazione, essendo la tutela riservata allo Stato, avrebbe apportato elementi a favore della nozione "aperta" di bene culturale[35]. Con l'ulteriore precisazione che la legge regionale può selezionare e individuare "altri" beni culturali (in senso ampio) ai soli fini della valorizzazione, essendo la tutela riservata allo Stato.

Questa idea enfatizza due premesse tratte dal periodare della Corte: i locali storici non sono beni culturali in senso stretto, e comunque la legge regionale del Lazio (che prevedeva un elenco e finanziamenti agli esercenti) non faceva tutela ma solo valorizzazione.

La Corte è legata alle definizioni più volte richiamate contenute nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e si limita ad affermare solo per inciso che comunque, pur trattandosi di beni non rientranti nella disciplina del testo unico dei beni culturali, la legge regionale si occupa solo della relativa valorizzazione.

Sennonché tale discorso convince fino a un certo punto: è vero che inserire in un elenco, e dare finanziamenti condizionati alla conservazione, non è propriamente fare tutela (nel senso vincolistico) ma fare valorizzazione. Meno convincente appare la parte in cui si prospetta che i locali storici sono beni culturali in senso lato. Peraltro, a ben guardare, la stessa attività di tutela è legata, ai sensi dell'art. 148 d.lgs. n. 112/1998, al "riconoscimento" del bene. Non solo: la legge regionale del Lazio, pur mirando alla "valorizzazione" di tali beni, e cioè a garantire la piena, pubblica fruizione del significato culturale ad essi annesso, e pur facendo ciò con misure volontarie di incentivo e di contribuzione, passa attraverso la conservazione di tali immobili nella loro attuale destinazione, il che ha giocoforza a che fare con la tutela del bene culturale[36].

---

[34] Cfr. S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 674; N. Aicardi, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino 2002; L. Casini, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2001, 651 ss. Più di recente v., fra i tanti, M.C. Cavallaro, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, in *Aedon*, n. 3/2018.

[35] Cfr. A.M. Poggi, *Verso una definizione aperta di «bene culturale»? (a proposito della sentenza n. 94/2003 della Corte Costituzionale),* in *Aedon,* n. 1/2003; P. Carpentieri, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in *Urb. app.*, 2003, 1017.

[36] P. Carpentieri, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, cit., 1021.

Ora, si è giustamente notato[37] che la Corte avrebbe potuto sviluppare il ragionamento: non trattandosi di beni culturali *stricto sensu*, gli stessi immobili avrebbero potuto anche essere «tutelati» dal legislatore regionale. Del resto, come si è appena osservato l'attività di tutela, ai sensi dell'art. 148 d.lgs. n. 112/1998 (dunque riferita ai beni culturali definiti dalla stessa disposizione), ha come radice proprio il «riconoscere» i beni che poi dovranno essere conservati e protetti (oltre che valorizzati), e la legge regionale censurata disciplina senza dubbio anche tale attività, prevedendo un elenco compilato dagli uffici comunali e regionali. Ben avrebbe potuto la Corte, procedendo ulteriormente nel proprio iter argomentativo, giustificare interventi del legislatore regionale rientranti in una nozione di tutela non riferita ai beni culturali di cui al testo unico, ma a beni che possono vantare una diversa qualificazione ed un titolo differente a fondamento della loro protezione o «salvaguardia». Al riguardo non esisterebbe, infatti, alcun ostacolo desumibile dall'art. 117 Cost.

Questo rilievo appare corretto nella misura in cui, come si è sopra osservato, la disciplina del locale storico lo connota come autonomo rispetto al bene culturale *stricto sensu* inteso. Quest'ultimo, invece, tuttora si fonda sull'identità tra bene culturale e bene tutelabile attraverso l'apposizione del vincolo. Il bene culturale è tale in quanto suscettibile di vincolo, il quale a sua volta presuppone l'esistenza di una *res.* In questo contesto i beni culturali immateriali non possono che essere quelli per cui sussistano i presupposti della vincolabilità. D'altra parte, come si è detto, l'attributo della immaterialità non deve necessariamente abbinarsi, ai fini della tutela, a quello della "culturalità". In altre parole il bene immateriale può certamente fruire di una tutela diversa da quella che interessa i beni culturali, la quale presuppone l'apponibilità del vincolo (e dunque la presenza di una *res*).

La questione, a questo punto, merita un approfondimento più analitico sulla scorta della legislazione regionale in materia. Che, come vedremo, ha approcci eterogenei al tema della connessione fra locale storico e vincolo, svelando anche per questa via un'incertezza strisciante che ancora pervade il settore.

D'altra parte, sembra potersi accedere all'idea in base alla quale il locale storico non è necessariamente immobile di pregio, in quanto invece legato ad attività di commercio o di ristorazione che rappresentano una testimonianza tangibile dello spirito che anima la cultura cittadina, la quale dalla presenza di tali locali trae occasioni di riconoscimento e, al contempo, di potenziale rinnovamento. In questo senso le eventuali iniziative di "tutela" (*ergo,* a scanso di equivoci, "salvaguardia") regionali sono ammissibili nella misura in cui che non violano la mate-

[37] S. Foà, *La legittimità costituzionale della l.r. Lazio sulla tutela e valorizzazione dei locali storici,* in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 908; Id., *La legge regionale sulla tutela dei locali storici è legittima perché non riguarda «beni culturali» ma beni «a rilevanza culturale». La Corte costituzionale «sorvola» sulla distinzione tra tutela e valorizzazione*, in *Le Regioni,* 2003, 1237.

ria statale "tutela dei beni culturali", ed anzi sono in linea con un'idea "collaborativa" sempre più diffusa di bene comune[38], giocoforza coinvolgente la città e le sue politiche[39]. Allo stesso modo, tuttavia, sono invece impossibili ove conculcano la libertà di iniziativa economica[40].

Ricordiamo, infatti, che la Regione ha un altro limite, oltre a quello della materia statale "tutela dei beni culturali", cioè quello delle libertà economiche. Il problema del riparto in materia Stato/Regioni, quindi, non può portare a sottovalutare un altro profilo centrale: il rispetto dell'art. 41 Cost. Può pertanto essere sdrammatizzata l'alternativa tutela/valorizzazione (se i locali storici non sono beni culturali, infatti, questa distinzione perde di importanza) e bisogna invece dare persistente rilievo al problema che discende dall'41 Cost.

Come si è sopra rilevato, infatti, l'esercizio dell'attività commerciale scaturisce da una libera iniziativa economica, che in quanto tale non può essere conculcata. Un ipotetico regime di tutela dei locali storici che imponga, in modo più o meno esplicito, la "tenuta in vita" del locale o la continuità della gestione dello stesso inevitabilmente si porrebbe in contrasto con inviolabili diritti costituzionali di libertà, primo fra tutti quello sancito dall'art. 41 Cost. In ciò risiede l'autentico limite invalicabile per il legislatore, indipendentemente dal profilo inerente la (non) applicabilità del Codice dei beni culturali. E questo vincolo non può che riguardare pure l'attività di "salvaguardia" svolta dalle regioni, nei limiti in cui se ne è ammessa la configurabilità, a fronte di un locale storico che, in quanto tale, non necessariamente deve attingere allo statuto del bene culturale in senso stretto, nemmeno "immateriale", se per tale si intende quello delineato dal diritto vigente.

---

[38] Su come possa realizzarsi nel nostro caso l'apporto collaborativo del privato, si rinvia al paragrafo che esamina la legislazione regionale. In generale, sulla rilevanza dei patti di collaborazione nella realizzazione concreta della cura dei beni comuni a livello locale, v. M. Bombardelli, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive,* in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 559 ss., il quale osserva che già nella fase di individuazione del bene debba essere riconosciuto un ruolo attivo a rilevante a tutti coloro che possono essere considerati come componenti di una determinata comunità. Tale questione è molto delicata, come si dirà nel paragrafo relativo alla fase di iniziativa procedimentale volta al riconoscimento del locale storico.

[39] Sulle diverse linee interpretative che connotano il dibattito italiano in tema di beni comuni, che vedono da un lato la critica radicale all'adeguatezza dei modelli di gestione in base al paradigma del "comune", posto in alternativa alla nozione di "pubblico", dall'altro la ricostruzione che si limita ad isolare come beni comuni quelle "cose" che si rivelino funzionali ad attivare un modello amministrativo diverso da quello tradizionale, fondato su un'applicazione estesa del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, ultimo comma, Cost., v. F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?,* in *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, a cura di M. Bombardelli, Napoli, 2016, 37 ss.

[40] Con ciò si conferma, per quanto ci riguarda, la maggiore bontà sul piano tecnico giuridico della seconda linea culturale relativa ai beni comuni (di cui alla nota precedente), sia perché maggiormente depurata dal dato ideologico, sia, soprattutto, perché svela un tratto – spesso trascurato – della sussidiarietà orizzontale: quello liberale. Sulle matrici liberali della sussidiarietà orizzontale v. C. Millon-Delsol, *L'Etat Subsidiaire*, Parigi, 1992.

5. *Le esperienze regionali: l'approccio estetizzante e la conseguente "pregiudiziale di vincolo"*

La giurisprudenza esaminata nei paragrafi precedenti ha dovuto confrontarsi con una legislazione regionale molto eterogenea. Il quadro attuale, a più di un decennio dalla storica sentenza n. 94/2003 della Corte Costituzionale, è ancora contrassegnato da una tangibile incertezza di fondo, relativa innanzitutto alla nozione stessa di locale storico. L'esame delle varie definizioni che i legislatori regionali hanno fornito, rispetto alla nozione in questione, riflette la presenza di due impostazioni divergenti.

La prima è quella che potremmo definire "estetizzante". In quest'ottica, accolta da un numero considerevole di regioni[41], l'attributo della "storicità" viene rintracciato in funzione della presenza di elementi di pregio ascrivibili al supporto materiale dell'attività commerciale, dunque all'immobile che la ospita e/o agli arredi in esso presenti. Talvolta la rilevanza del pregio estetico da apprezzare (in sede di istruttoria sulla "storicità" di un locale) si riferisce al contesto urbano in cui l'attività si colloca: è il caso della legge veneta[42], la quale per l'appunto annovera tra i requisiti necessari per il riconoscimento della qualifica di locale storico il fatto che il locale considerato si trovi nel « centro urbano ».

La seconda impostazione, invece, tende a superare l'idea di partenza secondo cui la storicità del locale discenda dalla rintracciabilità di elementi "statici", come il pregio della collocazione architettonica, degli arredi, o della ubicazione del locale rispetto all'assetto urbano. Indicativa del (tentativo di) superamento dell'approccio estetizzante è, ad esempio, la disciplina vigente nelle Marche[43], ove si precisa espressamente che « caratteristiche quali l'eccellenza degli arredi, l'aspetto architettonico o l'originalità e tipicità delle merci non sono rilevanti ai fini della individuazione del locale storico » [44].

Il rifiuto dell'approccio estetizzante, tuttavia, non si traduce in una decisa adesione ad un opposto approccio "dinamico". Le discipline regionali, ivi compresa quella marchigiana appena richiamata, non si spingono a prevedere, tra i

[41] Si pensi, su tutte, anche per le caratteristiche peculiari di Roma capitale, non solo all'interno del centro storico, alla fondamentale l.r. della regione Lazio 6 dicembre 2011, n. 31, oggi abrogata e sostituita dalla l.r. n. 12/2016, che fa riferimento a locali o botteghe caratterizzati da valore storico artistico e architettonico, destinati ad attività da almeno 50 anni. Peraltro, sono indicati requisiti ulteriori che concorrono a determinare il punteggio nella graduatoria regionale: locale nel centro storico (5 punti); presenza di opere d'arte legate all'attività (15 punti); attività legata alla tradizione (10 punti); finiture proprie e originali (10 punti); strumenti di valore culturale visibili al pubblico (5 punti); arredi originali (15 punti); locale citato in opere letterarie o cinematografiche (5 punti).

[42] L.r. 4 aprile 2011, n. 5.

[43] L.r. 4 aprile 2011, n. 5.

[44] Regione Marche, regolamento 2 marzo 2015, n. 2, co. 4 dell'art. 3 «criteri per l'individuazione dei locali storici».

criteri di riconoscimento della "storicità", il dato "esperienziale" incentrato sulla percezione collettiva del locale, quale luogo di conservazione e – soprattutto – costruzione della cultura cittadina. In altre parole la normativa regionale sebbene, talvolta, si allontani dall'approccio puramente estetizzante, continua pur sempre a prevedere come decisivi, per la riconoscibilità del locale storico, elementi comunque "statici", come l'antichità e continuità della gestione o la presenza di elementi (l'immobile o l'arredo) di interesse storico o culturale[45].

Le due impostazioni, quella estetizzante e quella che potremmo definire soltanto "non estetizzante" (ma non – ancora – "dinamica") si presentano, nella realtà della legislazione regionale, spesso variamente miscelate. In molti casi, infatti, le leggi regionali fanno coesistere, tra i criteri di riconoscimento dei locali storici, elementi inerenti il pregio puramente estetico della collocazione architettonica o degli arredi con elementi che, invece, ineriscono l'antichità dell'esercizio ovvero l'interesse (non meramente estetico ma culturale in senso lato) degli elementi materiali che supportano l'attività considerata[46]. Il "dosaggio" tra le due componenti, quella estetizzante e quella meta-estetizzante, varia ovviamente da regione a regione, talvolta dando luogo a miscele di dubbia coerenza.

Il quadro regionale, pur nella sua estrema disomogeneità, offre lo spunto per alcune considerazioni generali.

La prima ha per l'appunto ad oggetto l'assenza di una risposta unitaria alla domanda di fondo: di cosa parliamo quando parliamo di locali storici? Questa nozione non è definita dal Codice dei beni culturali, e ciò in fondo non può stupire alla luce di quanto si è sinora sostenuto: i locali storici non possono essere considerati beni culturali, perché ciò equivarrebbe ad identificare l'attività commerciale con il "contenitore" in cui essa si esplica, negando così il rilievo stesso della nozione. Meno ovvio è, invece, il fatto che una definizione di locale storico non si rinvenga nella legislazione statale "extra Codice". Vero è che, come si è evidenziato nel precedente paragrafo, la salvaguardia dei locali storici rientra nella competen-

[45] Discorso simile può farsi per la Regione Umbria: la l.r. 13 giugno 2014, n. 10, all'art. 21, se da un lato fa riferimento alla presenza nei locali, negli arredi, sia interni che esterni, e nelle aree, di elementi di particolare interesse non solo storico, artistico, architettonico e ambientale, ma anche «particolarmente significativi per la tradizione e la cultura del luogo», dall'altro richiede lo svolgimento della medesima attività da almeno cinquanta anni continuativi e il mantenimento delle caratteristiche originarie. Ancora una volta, dunque, prevalgono i profili "statici", pur emergendo interessanti aspetti che vanno al di là dell'approccio meramente estetizzante. Tale consapevolezza, talora, si riscontra anche in giurisprudenza. Si v. Tar Lazio, Roma, Sez. II, 10 marzo 2017, n. 3386 (sulla quale si tornerà *infra*), secondo cui il requisito dei "cento anni" di durata dell'attività prescritto in una deliberazione di Consiglio Comunale del Comune di Roma, ai fini del riconoscimento della *qualitas* di "negozio storico", non esclude che i valori essenziali di riferimento per il riconoscimento della tutela possano anche riscontrarsi in periodi di minore durata, quando l'Amministrazione riscontri quei particolari connotati di radicamento nel territorio e risalenza dell'attività che sono presupposti alla previsione di legge che è volta alla tutela dell'identità del centro storico, come rimedio per l'impoverimento dei valori di riferimento del contesto che è immanente in un criterio certamente economico di sfruttamento del comprensorio.

[46] L.p. Trento 30 luglio 2010, n. 17; l.r. Emilia-Romagna, 10 marzo 2008, n. 5.

za legislativa delle regioni (in particolare nella competenza residuale delle stesse). Ma è altrettanto vero che le incertezze sui confini della nozione di locale storico possono determinare peculiari aporie tra la legislazione statale e quella regionale.

Le aporie in questione riguardano il fatto che, come si è riferito, la legislazione regionale spesso indica, quale elemento di riconoscibilità del locale storico, il pregio architettonico dell'immobile o l'interesse storico culturale degli elementi di arredo. In questi casi, tuttavia, si assiste alla presenza degli elementi costitutivi del vincolo storico artistico. Questo aspetto introduce nel sistema una notevole complicazione. Se, infatti, per saggiare la "storicità" del locale occorre valutare il pregio degli elementi materiali del "contenitore", e se tale pregio è al contempo il presupposto della tutela vincolistica, come si spiegano le molteplici situazioni in cui il riconoscimento della natura di locale storico non si accompagni alla presenza del vincolo sui vari elementi che forniscono il supporto materiale dell'attività? In altri termini: se la legislazione regionale annovera il pregio storico artistico degli elementi materiali tra i fattori di riconoscibilità del carattere storico del locale delle due l'una: o si ritiene che il locale storico possa esistere solo laddove sia stato apposto il vincolo sul supporto materiale dell'attività oppure si ritiene che sussistano diversi standard di valutazione del pregio storico artistico del supporto, uno utilizzabile ai fini dell'istruttoria sul vincolo ed un diverso standard valido solo nella valutazione incidentale volta a valutare (per il tramite del supporto materiale) la storicità dell'attività commerciale. La prima delle predette opzioni adotta dunque un modello che potremmo definire di "pregiudizialità del vincolo", mentre la seconda risulta ispirata ad una (opinabile) logica di "autonomia degli accertamenti".

Il modello della "pregiudizialità del vincolo" è seguito dalla Regione Campania, la quale ha statuito che siano considerati « locali a rilevanza storica: gli immobili di particolare pregio architettonico in edifici di almeno cinquant'anni tutelati da vincolo apposto dalla Sovrintendenza ai beni culturali »[47]. La previsione è opinabile nel merito, in quanto ancorata ad una logica estetizzante che svilisce la nozione stessa di locale storico. Quel che, tuttavia, in questa sede si intende mettere in evidenza è il fatto che la legge campana abbia quantomeno il pregio della coerenza: se annovera il dato estetico (*rectius* storico-artistico) tra gli elementi costitutivi della storicità del locale giocoforza si deve riconoscere come l'accertamento incidentale su tale dato non possa porsi in contrasto con quanto accertato ai fini della valutazione sulla apposizione (o non apposizione) del vincolo sul supporto materiale immobile o mobile. Se, in altre parole, per considerare "storico" un determinato locale occorre (in base alla legge regionale in concreto applicabi-

[47] Cfr. art. 2 l.r. 11 marzo 2014, n. 11, nonché in termini sostanzialmente identici: art. 5 della d.g.r. 8 agosto 2014, n. 312.

le) valutare il pregio dell'immobile o degli arredi, tale valutazione deve confermare quanto statuito esplicitamente o implicitamente in sede di apprezzamento ai fini del vincolo. Un immobile non vincolato, dunque, non potrà considerarsi dotato di quel connotato di pregio architettonico in ipotesi necessario, secondo la legislazione regionale, ad indentificare il locale storico. In estrema sintesi la legge campana, sebbene fondata su presupposti quantomeno opinabili (l'approccio estetizzante, che induce a valutare il pregio del "contenitore" ai fini della storicità del "contenuto"), squarcia il velo dell'ipocrisia che aleggia su gran parte della legislazione regionale, affermando a chiare lettere che se si adotta il (discutibile) approccio estetizzante occorre coerentemente riconoscere la "pregiudiziale del vincolo".

La posizione della Campania non è del tutto isolata: l'ordinamento ha, infatti, sperimentato il modello della "pregiudiziale del vincolo" in almeno altre due occasioni.

La prima risiede sempre nella legislazione regionale, in particolare nella disciplina della Regione Lazio. La legge del 2001 in tema di locali storici[48], infatti, prevedeva che i criteri di individuazione dei locali storici fossero adottati dalla Giunta, su proposta dell'assessore competente in materia di cultura, d'intesa con il Soprintendente regionale ai beni culturali e con la Sovrintendenza ai beni culturali del comune di Roma. Il coinvolgimento delle Sovrintendenze in sede di redazione dei criteri di riconoscibilità rappresenta dunque la presa d'atto di un necessario coordinamento tra le valutazioni effettuate ai fini del vincolo e quelle compiute in via incidentale per saggiare la storicità del locale. Nella disciplina regionale successiva il coordinamento con le Soprintendenze non è stato riproposto, mentre si è optato per un più forte raccordo con la disciplina vincolistica. Lo schema di deliberazione n. 3 del 2018 del consiglio regionale del Lazio concernente i criteri per l'individuazione dei locali, botteghe e attività storiche[49] (schema elaborato in attuazione della legge regionale del 2016, che ha abrogato e sostituito la legge del 2001 in materia di locali storici) prevede che possano essere ammesse ai benefici previsti per i locali storici quelle attività che siano « collocate in immobili di particolare valore storico-artistico e architettonico documentato attraverso la produzione della dichiarazione di interesse culturale adottata ai sensi dell'art. 13 co. 1 del decreto legislativo 42/2004 […]». La scelta compiuta nel Lazio oggi è, dunque, netta quanto quella sperimentata in Campania: il vincolo sul supporto materiale è condizione necessaria per il riconoscimento della storicità dell'esercizio commerciale, il che deriva giocoforza dall'assunzione di premesse sostanziali orientate alla visione estetizzante della nozione di locale storico.

[48] Abrogata dall'art. 35 della l. 12 del 2016, si veda in particolare l'art. 2.

[49] Legge 10 agosto 2016, n. 12, che ha abrogato (all'art. 35) la legge del 2001 che aveva dato luogo al contenzioso costituzionale.

La seconda occasione in cui è stato sperimentato il modello della "pregiudiziale del vincolo" è rappresentata dal co. 1-*bis* dell'art. 52 del Codice dei beni culturali, ad oggi non vigente in quanto, come detto, oggetto di pronuncia di incostituzionalità[50]. La norma in questione prevedeva che i Comuni, sentito il Soprintendente, individuassero e valorizzassero le attività commerciali tradizionali, a condizione che queste ultime costituiscano "beni immateriali " ai sensi dell'art. 7-*bis* del Codice dei beni culturali[51]. La pregiudiziale di vincolo emerge, pertanto, sotto due punti di vista, uno sostanziale e uno procedurale. Il primo consiste nel rinvio all'art. 7-*bis*, in forza del quale il riconoscimento comunale dell'esercizio storico può intervenire solo, come si è visto, con riferimento ad esercizi commerciali che rientrino nel regime dei beni immateriali Unesco, i quali – come si è già riferito – devono giovarsi di un supporto materiale "pregevole" e, in quanto tale, suscettibile di vincolo. Sul fronte procedurale, invece, rileva il necessario coinvolgimento del Soprintendente, che sembra riflettere l'idea di una necessaria coerenza di fondo tra l'accertamento incidentale del pregio "estrinseco" (i.e. del supporto materiale dell'esercizio commerciale) svolto in sede comunale ai fini della declaratoria di storicità del locale e quello eventualmente svolto a fini direttamente vincolistici.

La norma del Codice dei beni culturali, come si è riferito, non è vigente, in ragione di un vizio di incostituzionalità che non attinge direttamente il contenuto dispositivo della norma, ma si appunta piuttosto sul mancato riferimento alla necessità dell'intesa Stato-Regione, la quale – secondo il ragionamento promosso dalla Corte Costituzionale – sarebbe, invece, stata indispensabile in ossequio al principio di leale collaborazione[52]. Le due norme regionali sopra illustrate sono, invece, pienamente vigenti e valgono a comprovare la consequenzialità che, per ragioni di coerenza sistematica, sussiste tra l'approccio estetizzante e la conseguente "pregiudiziale di vincolo".

Tale consequenzialità risulta, di contro, sostanzialmente "elusa" dalla legislazione delle altre regioni. Il quadro della legislazione regionale è caratterizzato da una generalizzata opzione per un approccio estetizzante (tra i requisiti identificativi del locale storico figura sempre, variamente "miscelato" con altri elementi,

[50] V. *supra,* § 3.

[51] Come si è già notato, i beni immateriali, per il Codice, sono soltanto quelli muniti di un'evidenza materiale. Non solo: il (necessario) supporto materiale deve presentare, affinché la fattispecie considerata possa ritenersi assoggettata al Codice stesso, i requisiti per l'apposizione del vincolo storico.

[52] Peraltro, risponde a una logica non dissimile l'art. 1, comma 4, del d.lgs. 25 novembre 2016 n. 222, ove si prevede che «per le finalità indicate dall'art. 52 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, il Comune, d'intesa con la Regione, sentito il Soprintendente del Ministero dei beni e delle attività culturali, può adottare deliberazioni volte a delimitare, sentite le associazioni di categoria, zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico, in cui è vietato o subordinato ad autorizzazione l'esercizio di una o più attività. individuate con riferimento al tipo o alla categoria merceologica, in quanto non compatibile con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale».

il pregio del supporto materiale dell'attività commerciale) alla quale tuttavia non fa riscontro alcuna regola di coordinamento con le valutazioni che, in tema di pregio storico-artistico dell'immobile o degli arredi, si compiono in sede di procedimento per l'apposizione del vincolo.

Questo mancato coordinamento riflette la scelta, più o meno consapevole, di non uniformare *ex ante* (ossia in sede normativa) gli standard valutativi del duplice accertamento: quello finalizzato alla declaratoria di storicità del "contenuto" e quello (inerente direttamente il "contenitore") svolto a fini vincolistici. L'opzione favorevole all'autonomia dei due accertamenti, tuttavia, non è priva di criticità. L'accertamento sull'interesse storico artistico di un bene, per quanto intriso di discrezionalità (tecnica), è pur sempre un'operazione consistente nell'apprezzamento di elementi oggettivi, i quali dovrebbero essere riscontrati indipendentemente dal contesto procedimentale in cui si compie l'accertamento. Ciò almeno fintantoché il legislatore non fornisca spunti di segno contrario, esplicitando criteri e parametri valutativi valevoli soltanto nell'accertamento incidentale, ossia finalizzato (non già a sottoporre a vincolo il bene materiale oggetto dell'attività accertativa, bensì …) al riconoscimento della qualifica di locale storico. A tutt'oggi tali spunti normativi, tuttavia, non si rinvengono, né nella legislazione statale né in quella regionale. La discrezionalità tecnica investita nelle valutazioni inerenti il pregio storico artistico di beni mobili e immobili, dunque, non può che considerarsi in termini unitari, in coerenza – del resto – con la natura propriamente accertativa dell'attività amministrativa in questione[53]. Di qui la necessità, finora percepita solo nel Lazio ed in Campania, di predisporre meccanismi di presupposizione o di coordinamento procedimentale volti a scongiurare l'ipotesi del conflitto tra le risultanze dell'accertamento sulle caratteristiche del supporto materiale. Ciò, ovviamente, al prezzo della attivazione di un'inevitabile dinamica centralista: le prerogative degli enti (comuni o regioni, a seconda delle discipline regionali) chiamati alla compilazione e aggiornamento dei vari elenchi di locali storici ne risulteranno, infatti, di certo compresse a vantaggio della decisiva potestà vincolistica da esercitarsi in sede statale.

[53] Un'importante opera di qualche anno fa ha ricostruito il percorso della dottrina italiana distinguendo tre fasi fondamentali: nella prima rileverebbe l'"elemento normativo", in corrispondenza con il concentrarsi dell'attenzione degli studiosi sulla norma e sui suoi contenuti imprecisi; in seguito l'elemento discrezionale, attraverso l'attrazione della discrezionalità tecnica all'interno dell'attività discrezionale; infine, l'elemento della tecnica, che acquista il significato specifico di conoscenza propria di particolari discipline scientifiche. Cfr. D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 129. Altra dottrina ha sdrammatizzato la differenza tra valutazioni discrezionali, tecniche, vincolate, accomunandole proprio sotto l'unificante insegna dell'attività di accertamento, che può essere autonoma (a tale categoria concettuale corrisponde ciò che di norma viene qualificato come attività vincolata) oppure strumentale rispetto alla valutazione di interessi (e si tratta dell'attività amministrativa discrezionale). La discrezionalità tecnica rientra nell'una o nell'altra categoria a seconda della completezza o meno della disciplina normativa. Cfr. B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001.

Quanto si è appena detto sulla necessaria coerenza tra l'accertamento in via incidentale e quello che, per contrapposizione, potremmo definire "in via principale" (ossia finalizzato all'apposizione del vincolo) vale, ovviamente, nel caso in cui si accolga la premessa di partenza secondo cui il locale storico è contrassegnato innanzitutto dal pregio dell'immobile che lo ospita o degli arredi che in esso sono collocati.

Si tratta di un'idea ampiamente ricorrente nella legislazione regionale, ma rispetto alla quale sussistono anche significative eccezioni. Tra queste la più interessante è quella rintracciabile nella normativa della Regione Marche, ove si dispone espressamente che « caratteristiche quali l'eccellenza degli arredi, l'aspetto architettonico o l'originalità e tipicità delle merci non sono rilevanti ai fini della individuazione del locale storico»[54]. L'idea di fondo accolta in sede regionale rifiuta, dunque, in modo molto netto l'approccio estetizzante, il quale in definitiva fa agio su uno slittamento dell'oggetto della valutazione dall'attività commerciale al supporto materiale attraverso cui essa si esplica.

Il rifiuto dell'approccio estetizzante deve, tuttavia, accompagnarsi all'adozione di un modello alternativo. In concreto occorre comprendere quali possano essere i criteri (diversi rispetto a quello inerente il pregio storico artistico del "contenitore") in forza dei quali identificare i locali storici. La disciplina della Regione Marche può, anche in tal senso, fornire un utile spunto di riflessione. In essa vengono privilegiati criteri fondati sull'idea di "continuità", da intendersi riferita non solo alla mera presenza dell'esercizio commerciale nel tessuto cittadino, ma anche al mantenimento nel tempo dell' "identità" del locale considerato[55].

L'approccio imperniato sulla "continuità" risulta più convincente rispetto all'ormai noto modello estetizzante. Cionondimeno anch'esso risulta in un certo senso alquanto inappagante. L'attributo della "storicità" ovviamente non può prescindere dalla considerazione di un dato cronologico, che infatti non a caso compare in tutta la legislazione regionale (anche in quella ispirata al cd. modello estetizzante). Al contempo, tuttavia, il dato cronologico non appare sufficiente per identificare la complessa e multiforme realtà dei locali storici.

Il locale storico, per essere tale, deve senza dubbio "avere un passato", ma al contempo, per essere meritevole dei benefici assicurati dalle politiche pubbliche di valorizzazione, deve dimostrare di "avere un importante presente" e, in

[54] Co. 4 dell'art. 3 «Criteri per l'individuazione dei locali storici» del regolamento 2 marzo 2015, n. 2 «Definizione dei criteri per l'individuazione e il censimento dei locali storici».

[55] In quest'ottica il co. 1 dell'art. 3 del regolamento di cui alla nota precedente stabilisce che i locali storici debbano essere dotati di tutti i seguenti requisiti: «a) essere sede della stessa tipologia di vendita o di somministrazione originaria; b) aver continuato ad avere lo stesso tipo di gestione; c) aver continuato a trattare il medesimo genere merceologico; d) non aver subito trasferimenti di sede fisica; aver mantenuto le caratteristiche originarie identificative dell'attività».

potenza, un promettente futuro. Il sostegno pubblico alle attività in questione non può, infatti, rappresentare una sorta di generoso omaggio alla tradizione, ma deve piuttosto costituire lo strumento con cui assicurare alla comunità cittadina un contesto per elaborare la propria identità dinamica, che recepisca e, al tempo stesso, orienti il percorso di evoluzione della città.

La visione appena descritta può concretizzarsi soltanto a fronte di una rivisitazione dei criteri identificativi attualmente previsti dalla legislazione regionale in materia di locali storici. Su questo fronte la sfida più impegnativa consiste nella formulazione di criteri che "catturino" il dato esperienziale, inteso come percezione diffusa circa l'apporto del locale alla costruzione di una cultura cittadina fondata sulla testimonianza del passato, ma anche e soprattutto sulla capacità di reinterpretarlo e rivitalizzarlo. In quest'ottica, dunque, potranno essere inclusi nel novero dei locali storici, ad esempio, antiche botteghe o antiche osterie collocate in contesti popolari, e financo degradati, purché percepite dalla popolazione come centri di creazione di una storia e di un'identità condivisa.

L'adozione di criteri "esperienziali" presuppone il superamento di un rassicurante approccio statico incentrato sul dato cronologico o sul pregio estetico del supporto materiale, con l'inevitabile contraltare rappresentato dall'accentuazione dei profili di discrezionalità inerenti l'attività amministrativa di riconoscimento dei locali storici. Questa discrezionalità, peraltro, assume connotati molto peculiari, che la rendono difficilmente inquadrabile nella alternativa netta, e forse non del tutto attuale, tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. L'apprezzamento sulla percezione collettiva dell'apporto fornito dal locale alla vita della città non implica il congruo bilanciamento tra interessi contrapposti che, tradizionalmente, identifica la discrezionalità amministrativa pura. Al contempo tale apprezzamento non si risolve neppure in una meccanicistica operazione di "misurazione" da compiersi con l'ausilio delle scienze esatte, secondo l'accezione classica di discrezionalità tecnica. La valutazione da compiersi in sede di censimento dei locali storici pare, piuttosto, frutto di una analisi obiettiva dell'intensità delle interazioni in cui si sostanzia il rapporto tra il locale e la comunità cittadina e, di conseguenza, del senso di appartenenza collettiva che, con riferimento al locale considerato, la comunità medesima spontaneamente avverte[56]. Il

[56] L'esercizio della discrezionalità può divenire misura di un diverso ordine giuridico, che parta dalla sovranità popolare (art. 1 Cost.) e dai diritti fondamentali, e non dalla tradizionale ipoteca pubblicistica, oggi declinata attraverso il combinarsi dell'imperativo della concorrenza con la logica pervasiva della sicurezza pubblica. Per suggestioni in tal senso v. L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare,* in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione,* a cura di S. Perongini, Torino, 2017, 119 ss. Sulla discrezionalità amministrativa in generale v. B.G. Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 1993 ss.; A. Piras, *Discrezionalità*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.; F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2000, 1046 ss. Sulle sue trasformazioni in relazioni alle riforme amministrative degli ultimi anni,

tutto, in coerenza con una precisa idea di città, fondata sulla tensione verso obiettivi di partecipazione alla creazione di una cultura collettiva priva del tono escludente tipico della retorica identitaria e orientata, piuttosto, ad obiettivi di integrazione tra le diverse anime della città.

6. *Il procedimento preordinato all'iscrizione nell'elenco dei locali storici: legittimazione alla richiesta e interessi (pubblici e privati) coinvolti nell'accertamento*

In tema di tutela e valorizzazione dei negozi storici si riscontra una ulteriore situazione singolare, apparentemente distonica rispetto alle categorie generali con cui i cultori del diritto amministrativo sono soliti confrontarsi.

Le leggi regionali che si occupano della questione, nel disciplinare l'avvio del procedimento di accertamento della "storicità" propongono un inedito mix tra il regime di attivazione del potere su impulso di parte e il regime di attivazione "d'ufficio".

Molte regioni prevedono che l'iscrizione nell'elenco dei locali storici possa avvenire su istanza del titolare/gestore, ma al contempo disciplinano anche un potere di segnalazione in capo a comuni, camere di commercio, associazioni di commercianti, etc.

Ad esempio, nella regione Campania, ai sensi della l.r. 10 marzo 2014, n. 11 (e della d.g.r. n. 312/2014), la domanda di iscrizione è presentata al Comune dal gestore, con assenso del titolare. Associazioni di consumatori e camere di commercio hanno un potere di segnalazione ai Comuni. Lo stesso accade in Emilia-Romagna, ai sensi della l.r. 10 marzo 2008, n. 5 (e della d.g.r. n. 134187/2008): associazioni di categoria, camere di commercio, associazioni di consumatori hanno il potere di segnalazione, mentre la domanda di iscrizione deve essere presentata dal gestore del locale, previo assenso del gestore, o dal proprietario. Anche in Lombardia, in base alla d.g.r. n. 8886/2009, camera di commercio e associazioni di commercianti individuano negozi e locali e hanno il potere di segnalazione alla regione; in questo caso, peraltro, il potere di segnalazione è anche in capo ai singoli comuni.

In altri casi, invece, non si fa riferimento ad istanze, più o meno qualificate, o a mere segnalazioni, ed il procedimento pare svolgersi d'ufficio. Così avviene per la provincia di Trento, sulla base della l.p. 30 luglio 2010, n. 17 (e della d.g.p. n. 539/2011), e nella regione Marche, dove, a fronte di un elenco regionale redatto sulla base di segnalazioni di comuni, associazioni con finalità di tute-

v. G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss.

la del patrimonio culturale, turistico e sociale, non è previsto – almeno espressamente – alcun atto di impulso da parte del proprietario, del titolare o del gestore.

Nel Veneto e nel Friuli Venezia Giulia, rispettivamente in base alla l.r. 28 dicembre 2012, n. 50 (ed alla d.g.r. n. 696/2011) ed alla l.r. 5 dicembre 2005, n. 29, i comuni redigono un "censimento", mentre la regione tiene l'elenco e dà il formale riconoscimento; in entrambi i casi, peraltro, associazioni aventi finalità di protezione del patrimonio culturale o per la tutela dei locali storici, nonché semplici cittadini (nel Veneto), possono indicare ai comuni i locali che meritano di essere censiti.

Le domande da porsi potrebbero essere molte.

Ad esempio: il diritto di segnalazione, attribuito *ex lege* a certi soggetti precisi, che effetto ha? Priva i soggetti non assegnatari di tale potere (es: i comuni cittadini) del diritto di segnalare? Oppure, rende in qualche modo qualificata la segnalazione? Ma qualificata in che senso? C'è obbligo di provvedere rispetto a queste segnalazioni qualificate? E in caso affermativo, allora che differenza c'è tra segnalazioni qualificate e istanza di parte in senso stretto?

Ora, il tema potrebbe essere inquadrato sulla base delle ricostruzioni consolidate, che come noto distinguono fra istanze (su iniziativa di parte) e denunce (che sollecitano poteri d'ufficio). Nel primo caso si ritiene tradizionalmente obbligatoria la conclusione del procedimento; nel secondo caso, relativo ad atti di c.d. "pre-iniziativa", poiché vi sono interessi semplici o di mero fatto, si ritiene non sussistente un obbligo per la p.a. di esercitare il potere. Diversamente si introdurrebbe un dovere procedimentale innominato, con violazione del principio di legalità.

Questo assetto, peraltro, sia alla luce della legge 6 novembre 2012, n. 190, di riforma anche dell'art. 2 della legge n. 241/1990[57], sia in conseguenza della legge 7 agosto 2015, n. 124, soprattutto in materia di autotutela[58], tende a rimodellarsi in senso ampliativo. Si pensi al caso delle "denunce qualificate": sollecitazione di poteri repressivi, inibitori o sanzionatori, riconosciute fondanti una legittimazione a supportare la richiesta e un corrispettivo obbligo in capo alla p.a. Qui l'interesse non viene qualificato dalla legge, ma dall'ordinamento e in base a principi generali quali imparzialità e il buon andamento. V'è poi il campo fondamentale delle richieste di riesame. Ogni potere amministrativo parrebbe esse-

[57] Non a caso l'interesse sul tema è rifiorito alla luce di tale riforma. Si v. due recenti monografie: N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere,* Napoli, 2018; S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata,* Napoli, 2017. V. anche A. Squazzoni, *Il dovere di risposta della pubblica amministrazione alle domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate: un primo bilancio,* in *Dir. amm.,* 2018, 915 ss.

[58] S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere,* Napoli, 2016; M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela,* Napoli, 2018; C. Napolitano, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei,* Napoli, 2018.

re oggi doveroso, anche quelli di autotutela, discrezionali nel *quid*. Altra cosa è la sussistenza dell'interesse differenziato e qualificato, nonché l'eventuale consumazione della legittimazione per decorso del termine per impugnare, dove resta prioritaria la certezza dei rapporti giuridici. Quando il termine non è decorso, quindi, la p.a. deve rispondere.

Orbene, sembra che tale tendenza ampliativa possa riguardare pure il tema in esame.

Già nella legislazione regionale richiamata si evidenzia sovente la volontà di "qualificare" la posizione di soggetti collettivi come associazioni o camere di commercio. Peraltro, anche i principi ci vengono incontro, alla luce di quanto sopra osservato sulla rilevanza in questo caso del principio di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118, ultimo comma, Cost.

Il richiamo alla sussidiarietà orizzontale stimola anche in questo ambito il superamento del paradigma bipolare interesse pubblico/interesse privato, con l'assegnazione anche ai cittadini di un ruolo partecipativo nell'esercizio della funzione pubblica e del compito di cura diretta dell'interesse generale[59].

Deve ritenersi, dunque, che la posizione del cittadino, anche se non espressamente qualificata, sia sufficiente a fornire una legittimazione sostanziale a richiedere l'inizio del procedimento volto a riconoscere la qualifica di locale storico. A voler trovare una persistente distinzione, si potrebbe ritenere che per le istanze espressamente qualificate dal legislatore il dovere di procedere è ormai assorbito nel dovere di provvedere, non sussistendo qui una fase pre-procedimentale[60]. Mancherebbe quindi, in questi casi, l'obbligo di comunicazione di inizio del procedimento, che si tradurrebbe in una duplicazione di formalità, mentre questa dovrebbe esserci in caso di istanza non qualificata, per la quale scatterebbe comunque il dovere di procedere.

E ciò deve operare, si badi, anche per quelle realtà provinciali e regionali (es. provincia di Trento, regione Marche), in cui addirittura parrebbe che la funzione tutoria sia riservata al soggetto pubblico, e il relativo procedimento volto all'iscrizione del locale nell'elenco debba essere ad iniziativa d'ufficio, in modo da rendere mero interesse semplice o di fatto quello dei privati, persone fisiche o associazioni.

Invero, anche su questo fronte l'ottica del "comune" può apportare delle rilevanti trasformazioni.

L'interesse generale viene così a trovarsi al centro di un'evoluzione, che giuridicamente ne arricchisce i contenuti. A fianco dell'interesse pubblico, come

[59] In proposito v. F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 415-416.

[60] N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere,* cit., 46.

interesse perseguito e realizzato *in primis* dai pubblici poteri[61], e dell'interesse collettivo e diffuso, come interesse che si "compone" in capo a determinati soggetti entificati, emerge l'esistenza di un interesse comune, come interesse del «vivere insieme in un determinato ambito spaziale»[62], di cui i cittadini vengono ad essere "scomposti" portatori ai fini dell'accesso alle vie giurisdizionali[63].

Non pare, quindi, neanche in questo caso possibile escludere la rilevanza di richieste di soggetti privati, quanto meno al fine di far sorgere l'obbligo di procedere.

Certo, si spiega in questa logica come, a fronte del riconoscimento formale di "locale storico", in caso di procedimento officioso, si abbiano in capo ai titolari del locale veri e propri obblighi, come l'esibizione della targa (prevista, in termini di dovere, nella provincia di Trento). Se un potere è attivabile (anche) d'ufficio (ad esempio, la regione iscrive un negozio storico su mera segnalazione di cittadini), questo può voler dire che il potere è esercitato per un interesse pubblico che travalica l'esigenza dei destinatari eventualmente toccati dagli effetti diretti dell'atto (i proprietari o i gestori dei negozi). In tal senso questo potere dovrebbe essere sempre "d'ufficio", anche quando il diretto destinatario degli effetti di fatto ne solleciti l'esercizio.

È opportuno distinguere questo tratto doveroso, legato all'idea del locale storico come bene comune costituente testimonianza tangibile dello spirito che anima la cultura cittadina, la quale dalla presenza di tali locali trae occasioni di riconoscimento e, al contempo, di potenziale rinnovamento, dalla persistente necessità di tutela piena dell'iniziativa economica privata *ex* art. 41 Cost. In questo senso, tale obbligo si giustifica fintantoché il proprietario non decida di muta-

[61] Sull'interesse pubblico come interesse il cui perseguimento «è il *proprium* dell'attività della pubblica amministrazione», si veda il sempre attuale E. Cannada Bartoli, voce «Interesse (diritto amministrativo)», in *Enc. Dir.*, Milano, 1972, XXII, ad vocem, 1 e ss.

[62] Così V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *www.labsus.org*, 2014, 27 e 33. Al riguardo anche F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 417-418, pur non riferendosi espressamente alla nozione di interesse comune di cui nel testo, rileva come la sussidiarietà orizzontale, «ponendo fine alla condizione secondo la quale gli interessi generali sono sempre interessi pubblici e quindi affidati in via esclusiva ai soggetti di pubblica amministrazione» appare in grado di rilanciare l'attenzione su interessi appartenenti ad una platea ampia di soggetti, imputabili a ogni modo a figure della società civile.

[63] Individua questo *tertium genus* di interesse, pur senza definirlo come qui nel testo "interesse comune", ma descrivendolo come interesse «proprio del comune […] in cui l'uso di un bene e la sua funzione giuridica sono pensati insieme a partire dalle sue caratteristiche intrinseche oggettive, andando al di là dell'imputazione individualistico-proprietaria, da un lato, ma anche spingendosi oltre quella di derivazione pubblicistico-collettiva, per recuperare così una valenza più genuinamente sociale ed inter-individuale» A. Ciervo, *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in *Questione Giustizia*, 2017, 2, 100. Si riferisce, invece, espressamente all'"interesse comune" P. Duret, *Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente come bene comune e* legitimatio ad causam, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 2013, 1, 45.

re la destinazione d'uso o commerciale del locale, rinunciando eventualmente ai previsti finanziamenti.

In alcuni casi, peraltro, il conflitto è tra il proprietario dell'immobile e il locatore[64], che chiede all'ente territoriale l'attestazione di "negozio storico". Anche in queste ipotesi la giurisprudenza, dopo aver di fatto considerato legittimate al procedimento ambo le parti, la prima in qualità di controinteressata, semplicemente ai sensi della legge n. 241/1990, reputa legittima la valutazione favorevole dell'amministrazione anche perché il vincolo di "negozio storico" non limita in alcun modo i diritti del proprietario dell'immobile: tale vincolo di destinazione merceologica si estrinseca alla destinazione commerciale del bene (e alla prosecuzione della specifica attività) e non limita la disponibilità dei locali del proprietario né l'esercizio del diritto di proprietà, non impedendo in alcun modo né il subentro di nuovi operatori in quell'attività né l'ingresso, anche contiguo sul territorio, di nuovi operatori svolgenti le medesime attività, senza che possano configurarsi limitazioni alla libera iniziativa economica privata[65].

Si vede anche per questa via come la declinazione di "bene comune" più acconcia a questo tipo di fattispecie non è quella di marca più schiettamente ideologica che predica il netto superamento delle opzioni politico-economiche del neo-liberismo privatizzante, ma quella che più laicamente vede i beni comuni come rappresentativi di un'istanza di istituzionalizzazione, che tende ad eccedere lo spazio della proprietà pubblica[66] e della partecipazione amministrativa, per

[64] Questo tipo di conflitto (proprietario/gestore) finisce per essere incentivato dalle leggi regionali che si stanno esaminando, le quali danno ampio spazio alle segnalazioni dei gestori dell'attività (o, in alcuni casi, al titolare, con ulteriore complicazione), al fine dell'acquisizione del riconoscimento pubblico di "locale storico", ma talora riservano al proprietario una sorta di potere di veto (es. l.r. Campania 10 marzo 2014, n. 11; l.r. Emilia-Romagna, 10 marzo 2008, n. 5). Questa rigidità non ha probabilmente senso in ragione del fatto che l'accertamento della storicità di per sé non corrisponde all'opposizione di alcun vincolo sull'immobile, salvo i vincoli di carattere merceologico, legati peraltro alla ricezione di contributi.

[65] Tar Lazio, Roma, Sez. II, 6 giugno 2017, n. 6636. Secondo questa interessante decisione (relativa al caso del bar "Canova", presso Piazza del Popolo, il cui immobile è di proprietà della società Albergo di Russia S.p.a.), il vincolo apposto sull'immobile in questione non ha natura urbanistica e/o espropriativa, ma è diretto esclusivamente a tutelare l'attività merceologica ivi esercitata, per ragioni di interesse pubblico, posto che la *ratio* della disciplina capitolina sul riconoscimento dei «negozi storici» è quella, non già della tutela dei beni immobili sotto l'aspetto statico, come pregio artistico-storico-culturale, bensì, della tutela sotto l'aspetto dinamico degli immobili che acquistano un peculiare valore culturale per il tessuto urbano, in ragione del rapporto fra la loro qualità ed ubicazione e l'attività commerciale (ovvero anche artigianale) in essa svolta nel corso degli anni; attività che, quindi, concorre in modo essenziale a determinare la valenza storico-culturale e che, per tale motivo, viene protetta dal competente Ente locale nell'ambito della propria generale competenza di disciplina del territorio sancita dal Titolo V della Costituzione. Nello stesso senso Tar Lazio, Roma, Sez. II, 10 marzo 2017, n. 3386 (relativa alla Pasticceria "Faggiani", anche in questo caso il contenzioso vede opposti i titolari dell'attività ai proprietari dei locali); Tar Lazio, Roma, 21 dicembre 2016, n. 12714 (relativa alla controversia fra una società di gestione di beni immobiliari e il titolare di una cartolibreria sita in Viale delle Provincie di proprietà della suddetta società per azioni).

[66] Si v. in tal senso già il lavoro di M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica,* Milano, 2004. Più di recente v. Aa.Vv., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Poli-

rilanciare una determinata idea sulla forma dello Stato, sulla cittadinanza e sul ruolo della dialettica pubblico-privato nell'economia[67].

Si può così definitivamente confutare il timore, segnalato all'inizio del saggio, di guardare la salvaguardia dei locali storici come ad una sorta di moderno vezzo delle oligarchie culturali ed economiche, che di fronte al dirompente problema del degrado urbano e, in particolare, delle periferie scelgono di concentrare le proprie attenzioni nella strenua difesa di isolate testimonianze di un passato ormai disancorato dall'autentico tessuto sociale cittadino. Anzi, è sul fronte "attivo" delle politiche *lato sensu* socio-culturali, e non di purtroppo ancora attuali unilaterali e pervasive politiche pubbliche securitarie comportanti restrizioni dei diritti e delle libertà fondamentali[68], che si dovrebbe impostare una seria politica urbana di lotta al disagio sociale, al degrado delle periferie e di rigenerazione urbana[69].

Altra connessa questione: i segnalanti qualificati hanno legittimazione processuale? Ancora una volta, se si risponde affermativamente, allora bisogna probabilmente chiamarli "istanti", senza tanti giri di parole.

Qui si tocca un altro tema teorico particolarmente delicato: la prospettazione di una eventuale posizione legittimante *uti civis*, che in tali termini pare sorgere nella fluidità dell'attuale panorama giurisprudenziale in tema di legittimazione a ricorrere, e viene riconosciuta, a prescindere da un prefissato e sussistente fenomeno di entificazione, in capo ai singoli cittadini, in quanto membri della società civile e protagonisti attivi della realizzazione dell'interesse generale come interesse della collettività[70].

L'individuazione di tale interesse comune, che diviene oggetto di una nuova funzione tutoria idonea a fondare una nuova posizione legittimante il ricorso giurisdizionale, costituisce, peraltro, ancora il risvolto sul piano processuale della crescente attenzione riservata dal mondo giuridico alla tematica dei c.d. beni comuni[71].

---

ce, Milano, 2008; Aa.Vv., *I beni pubblici tra titolarità e funzione*, a cura di R. Rolli, F. Astone, F. Manganaro, Padova, 2018.

[67] F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?,* cit., 60.

[68] Si pensi alla questione del potere di ordinanza sindacale in tema di sicurezza urbana o al recente "daspo urbano", sui quali v. G. Tropea, *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana (dopo la legge Minniti),* in *Federalismi.it.,* n. 1/2018.

[69] A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione,* cit.

[70] Cfr., da ultimo, S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018.

[71] Fra i contributi più recenti si vedano altresì C. Micciché, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2018; F. Simone, *Cura dei beni comuni e responsabilità condivisa: spunti ricostruttivi*, in *Munus*, 2018, 47 e ss.; G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017; G. Micciarelli, *Introduzione all'uso civico e collettivo urbano. La gestione diretta dei beni comuni urbani*, *ivi*, 2017, 135 e ss.; e con specifico riferimento al profilo della tutela giurisdizionale: M. Calabrò, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Diritto e società*, 2016, 807 e ss.; A. Di Porto, *Res in usu publico e «beni comuni». Il nodo della tutela*, Torino, 2013.

A fronte di una giurisprudenza amministrativa di primo grado che a volte ha ammesso tale possibilità[72], il Consiglio di Stato tuttora chiude le porte a tali forme di tutela, anche sulla base dell'idea consolidata (almeno a livello giurisprudenziale) di distinguere legittimazione sostanziale da legittimazione processuale[73].

In effetti bisogna ammettere che la traslazione sul piano processuale dell'ammesso ampliamento sul piano sostanziale della legittimazione a tutela del bene comune appare meno agevole sul piano teorico, anche perché potenzialmente portatrice di una visione affatto distonica rispetto alle attuali coordinate costituzionali del processo amministrativo, come processo di diritto soggettivo e non oggettivo.

D'altra parte l'interprete deve constatare come tale tendenza sia ormai strutturata nel nostro ordinamento, come sta a dimostrare la peculiare disciplina in materia di contenzioso sui contratti pubblici, e deve forse iniziare a riflettere sul piano sistematico se non sia possibile rivedere proprio il tema della legittimazione nel processo, anche provando a conferire effettiva autonomia al "diritto" al ricorso rispetto all'individuazione sostanziale dell'interesse legittimo[74].

7. *Valorizzazione dei locali storici ed evidenza pubblica. Riflessioni critiche*

La crescente attenzione riservata dall'ordinamento, e ancor prima dall'opinione pubblica, al tema della salvaguardia dei locali storici, quale testimonianza vivente della cultura cittadina, rischiano di entrare in frizione con la cura di ulteriori interessi che, benché connotati anch'essi in senso pubblicistico, non "spingono nel senso" della garanzia di continuità della presenza di determinati esercizi commerciali. Il riferimento concerne essenzialmente il principio di gara applicato

[72] Tar Liguria, Sez. II, 31 ottobre 2012, n. 1348, in *Urb. app.*, 2013, 203, con nota di R. Giani, *Interessi meta-individuali e tutela giurisdizionale: il caso delle "spiagge libere"*. Per un commento alla sentenza si veda anche P. Duret, Taking "commons" seriously: *spigolature su ambiente come bene comune e* legitimatio ad causam, cit., 48 e ss. Più nel dettaglio con tale sentenza il Tar Liguria decide un ricorso proposto da un gruppo di residenti del Comune di Sanremo per l'impugnazione del bando e degli altri documenti costituenti la *lex specialis* di una procedura di gara indetta dal Comune, in qualità di ente preposto alla gestione dei beni del demanio marittimo, per la concessione ventennale di un compendio immobiliare denominato "Bagni Azzurri", di proprietà dello Stato, comprendente anche un tratto di arenile. I ricorrenti denunciavano, in particolare, la violazione della prescrizione normativa regionale (art. 11, co. 3, lett. a), della l.r. Liguria n. 13/1999) che subordina il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime alla condizione che la percentuale di spiagge libere nel territorio comunale sia almeno pari al venti per cento del fronte totale delle aree balneabili, mentre nel Comune di Sanremo la percentuale di spiagge libere risultava essere inferiore alla percentuale minima di legge, impedendo di conseguenza il rilascio di alcuna nuova concessione demaniale. Sugli intricati rapporti tra gestione dei beni pubblici e concorrenza v. A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2017.

[73] Cons. Stato, Sez. III, 8 settembre 2011, n. 5063, di riforma della sentenza del Tar Liguria, Sez. II, 15 giugno 2011, n. 938; nonché Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2620, di riforma della sentenza del Tar Liguria, Sez. II, 31 ottobre 2012, n. 1348.

[74] In questo senso S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., *passim.*

alla assegnazione di spazi pubblici, quale supporto materiale attraverso cui esercitare l'attività commerciale storica. Il problema in questione trae le sue premesse dalla consapevolezza, invero non univocamente acquisita né da parte del legislatore né da parte degli operatori del diritto, di sottoporre a meccanismi comparativi l'assegnazione di immobili pubblici. Su questo fronte plurime sono state le sollecitazioni dell'Unione europea, la quale ha giustificato le proprie posizioni in tema di necessaria concorsualità delle assegnazioni facendo alternativamente riferimento alla cd. logica dell'occasione di guadagno ovvero al carattere non infinito degli immobili pubblici, da cui deriverebbe l'applicazione dell'art. 12 della cd. direttiva Bolkestein.

Il perno concettuale della cd. logica dell'occasione di guadagno è molto semplice: il diritto di sfruttamento del bene pubblico rappresenta una occasione di arricchimento per il titolare del diritto in questione, il quale dunque deve dimostrare di "meritare" tale opportunità sottoponendosi ad un confronto comparativo con altri aspiranti concessionari.

L'argomento fondato sulla necessaria applicazione della cd. direttiva Bolkestein è, invece, più tecnico, e può riassumersi nei termini che seguono: il carattere non infinito del patrimonio immobiliare pubblico si traduce in una condizione di intrinseca scarsità dei titoli amministrativi (nel caso di specie concessori) necessari per il legittimo sfruttamento del bene pubblico. Di qui l'applicazione dell'art. 12 della predetta direttiva, il quale per l'appunto statuisce che in caso di «scarsità» dei titoli abilitanti all'esercizio di determinate attività economiche i titoli in questione debbano obbligatoriamente essere conferiti all'esito di un procedimento comparativo.

Nel primo caso, dunque, la ragion d'essere dell'obbligo di concorsualità è individuato nel carattere remunerativo (per il privato) della concessione, nel secondo caso nel carattere non infinito delle risorse pubbliche oggetto di assegnazione.

La giurisprudenza italiana ha indifferentemente accolto entrambe le prospettazioni, giungendo in termini ormai univoci a riconoscere l'imprescindibile contendibilità dei beni pubblici, in disparte della pacifica estraneità delle concessioni di beni dall'ambito di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici.

La contendibilità dei beni pubblici, tuttavia, rischia di compromettere il *favor* verso la continuità dell'esercizio di dei locali storici, ovviamente con riguardo a quelli collocati presso immobili pubblici. È chiaro, infatti, che ogni procedura concorsuale favorisce l'alternanza tra i beneficiari delle prerogative concessorie, il che a sua volta realisticamente potrebbe riverberarsi (in assenza di vincolo sul "contenitore") nella cessazione dell'attività storica a vantaggio di nuove ed ulteriori iniziative imprenditoriali.

Come si gestisce, dunque, la tensione verso i due poli contrapposti della salvaguardia dei locali storici e dell'osservanza del principio di contendibilità delle risorse pubbliche?

Con questo interrogativo l'ordinamento ha recentemente dovuto confrontarsi, come emerso in almeno due importanti occasioni.

La prima è rappresentata dal contenzioso amministrativo inerente il rinnovo delle concessioni relative agli immobili comunali collocati presso la Galleria Vittorio Emanuele di Milano. I titolari delle concessioni scadute avevano infatti invocato, a sostegno delle proprie istanze di rinnovo, il carattere storico delle attività commerciali da loro stessi esercitate, argomentando nel senso della derogabilità del principio di gara, proprio in funzione della salvaguardia dei connotati identitari propri degli esercizi coinvolti nel contenzioso. Il Comune di Milano aveva accordato il rinnovo solo ad uno dei tre titolari istanti. A beneficiare del rinnovo comunale era stato, in particolare, soltanto il titolare dell'esercizio commerciale incluso nell'elenco dei negozi storici. Di contro, il rinnovo era stato negato agli altri istanti, i quali avevano invocato la "storicità" del proprio esercizio senza, tuttavia, poter vantare alcun accertamento ufficiale di tale attributo. Il giudice amministrativo è stato dunque investito dell'impugnazione dei suddetti dinieghi di rinnovo, la cui illegittimità, secondo la prospettazione dei ricorrenti, sarebbe consistita nella sottovalutazione dell'interesse pubblico alla continuità delle attività "storiche". Il giudice amministrativo, sia in primo che in secondo grado, ha avallato la prospettazione dei titolari delle concessioni scadute[75]. Ciò sulla scorta dell'idea secondo cui nell'ordinamento sarebbe rintracciabile un immanente principio di prevalenza dell'interesse alla salvaguardia dei profili identitari consustanziali alla realtà dei negozi storici rispetto all'interesse alla piena contendibilità delle risorse pubbliche.

La posizione espressa dalla giurisprudenza di primo acchito può essere considerata come il punto di arrivo di un faticoso, quanto necessario, percorso di consapevolezza del carattere non assoluto dell'interesse pubblico alla contendibilità, troppo a lungo considerato strutturalmente insuscettibile di bilanciamento con interessi potenzialmente confliggenti. Il superamento di questa petizione

[75] Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 20 dicembre 2017, nn. 2422 e 2423; Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5157. Su quest'ultima pronuncia v. A. Giannelli, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali "storici": dalla dittatura della concorrenza alla dittatura della cd. eccezione culturale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 174 ss., ove si rileva che l'esigenza di bilanciare il principio di evidenza pubblica con la salvaguardia del patrimonio culturale deve abbinarsi al perseguimento di obiettivi di certezza giuridica, che impongono di esaminare in termini oggettivi e "controllabili" la controversa nozione di locale storico. Rileva come la sentenza chiami le amministrazioni pubbliche ad una reale ponderazione di interessi, non fondata su petizioni di principio relative alla prevalenza assoluta della concorrenza, ma a valutazioni concrete circa la sussistenza o meno di esigenze imperative che consentano di derogarvi, F.G. Albisinni, *L'identità storico-culturale dei centri storici come eccezione culturale al principio di concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 387 ss.

di principio senza dubbio era ed è auspicabile, quale frutto di un atteggiamento di laica considerazione delle dinamiche che orientano le decisioni amministrative complesse. Cionondimeno da un'analisi disincantata delle posizioni espresse dalla giurisprudenza rispetto al caso della Galleria di Milano emergono una serie di criticità che inducono a considerare le pronunce in questione alla stregua di precedenti tutt'altro che persuasivi.

A non convincere, in particolare, è l'accezione atecnica di negozio storico che viene utilizzata nell'impianto argomentativo che sorregge la giurisprudenza in questione. I locali della Galleria di Milano, infatti, non solo non erano gravati da alcun vincolo, ma neppure risultavano iscritti negli elenchi predisposti dagli enti competenti a fini di valorizzazione dei negozi storici. Ora, è evidente che la nozione di negozio storico è una nozione funzionalmente orientata. Essa, in altre parole, è prevista dalla legislazione regionale al precipuo scopo di individuare i potenziali destinatari di iniziative di sostegno pubblico. Non è dunque corretto prospettare una automatica "esportazione" di tale nozione al di fuori dell'ambito funzionale per il quale è stata coniata. Tuttavia, è altrettanto vero che, al di fuori delle fattispecie in cui viene in rilievo il tema della valorizzazione, la nozione di negozio storico non può essere consegnata al regno dell'arbitrio.

In concreto, nell'apprezzamento discrezionale che orienta il bilanciamento tra i due predetti interessi pubblici contrapposti (tutela della concorrenza e salvaguardia dei profili identitari implicati nell'attività commerciale) non può essere radicalmente trascurato il fatto che il locale di volta in volta considerato sia stato (o al contrario *non* sia stato) interessato da una attività amministrativa di accertamento avente per l'appunto ad oggetto i connotati di "storicità". Tale accertamento non avrà, ovviamente, valore decisivo, essendo stato compiuto nell'ambito di una istruttoria preordinata a fini diversi dalla valutazione sui margini di "derogabilità" dal principio di concorrenza. Cionondimeno, in un'ottica di coerenza generale dell'azione amministrativa e di esercizio razionale della discrezionalità, non si può neppure accettare la tesi opposta, ossia quella della radicale irrilevanza di tale accertamento nell'istruttoria preordinata a valutare se, ed eventualmente in che misura, la tutela della tradizione possa rappresentare un legittimo argine al pieno dispiegarsi delle dinamiche tipiche del mondo delle gare pubbliche. Tutto ciò dovrebbe, ovviamente, riverberarsi sul piano dell'intensità dell'onere motivazionale in capo all'amministrazione procedente. Se è vero, infatti, che quest'ultima può legittimamente orientarsi in favore della salvaguardia della tradizione (anche a discapito della "messa a gara del bene") è altrettanto vero che questa scelta deve essere supportata da adeguati riscontri in punto di fatto, rispetto ai quali un ruolo non trascurabile deve essere riconosciuto all'esito dell'accertamento sulla "storicità" compiuto a fini di valorizzazione. Tale esito, ove di segno negativo, non "pro-

sciuga" la discrezionalità sottesa al bilanciamento tra principio di concorrenza e interesse alla conservazione della tradizione, ma implica uno sforzo argomentativo supplementare da parte dell'amministrazione che intenda comunque far prevalere, nel suddetto bilanciamento, le istanze di salvaguardia della "storicità".

Quanto si è appena detto non trova, tuttavia, riscontro nella giurisprudenza amministrativa sopra richiamata. Nelle pronunce in questione i giudici amministrativi non dedicano neppure un rapido passaggio alla necessità di tener conto, nel bilanciamento degli interessi, della nozione tecnica di "locale storico", la quale, sebbene coniata a fini estranei logica della "eccezione culturale", rappresenta pur sempre un elemento con cui confrontarsi, lasciando debitamente emergere tale dialettica in sede di motivazione del provvedimento che sancisce la "deroga" al principio di gara (nelle fattispecie in esame si trattava di provvedimenti di rinnovo in favore dei concessionari uscenti degli immobili in cui erano esercitate le attività "storiche"). Diversamente opinando la nozione di locale storico perderebbe ogni pregnanza giuridica, riducendosi ad una sorta di inaccettabile *passepartout* in mano agli amministratori per ridimensionare l'effettività di principi generali come quello di contendibilità delle risorse pubbliche.

Non è solo la giurisprudenza, tuttavia, ad essersi cimentata con il tema del potenziale conflitto tra il rispetto della tradizione e l'effettività del principio di concorrenza. Come anticipato in apertura di paragrafo vi è anche un ulteriore punto di emersione del tema in esame, rintracciabile nel diritto positivo. Anche il legislatore, infatti, non ha tardato ad intravedere nella salvaguardia della tradizione un utile strumento per puntellare una serie di opinabili "regimi di eccezione". L'esempio più eloquente, in tal senso, è offerto dalla legge ligure in tema di «disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative»[76]. La legge in questione è complessivamente ispirata da percepibili intenti di protezione degli interessi degli imprenditori balneari rispetto alle incognite insite nell'attivazione dei meccanismi concorrenziali previsti dalla cd. direttiva Bolkestein. Tale obiettivo è perseguito da un lato attraverso la previsione di un regime di proroga generalizzata delle concessioni in scadenza[77], dall'altro (ed è questo, nell'economia del presente contributo, l'elemento di maggiore interesse) attraverso l'intro-

[76] Legge regionale 10 novembre 2017, n. 26.

[77] Si veda l'art. 2 («Concessioni demaniali vigenti»), ove si dispone che «È tutelato il principio del legittimo affidamento delle imprese balneari titolari di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico ricreativo, in essere ovvero rilasciate anteriormente al 31 dicembre 2009, con la conservazione del diritto alla continuità aziendale. Alle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico ricreative, ad uso pesca, acquacoltura e attività produttive ad essa connesse, e sportive, nonché quelli destinati a approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto, attualmente vigenti, è riconosciuta l'estensione della durata della concessione di trenta anni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Il Comune dovrà comunicare ai titolari delle concessioni demaniali di cui al comma 2 l'estensione della durata della concessione demaniale per trenta anni». La norma è oggetto di un pendente giudizio di costituzionalità, attivato dal Governo (ricorso n. 7 del 2018) in ragione della tangibile invasione, da parte della Regione Liguria, della materia di competenza legislati-

duzione di una sorta di elenco di stabilimenti contrassegnati da imprecisati connotati di storicità. La norma di riferimento, in tal senso, è rappresentata dall'all'art. 4 (rubricato «*Azioni di promozione*»), ove per l'appunto si stabilisce che «la Regione, in ambito turistico promozionale, attiva azioni ed iniziative tese a […] realizzare un marchio di qualità quale elemento distintivo per promuovere e tutelare l'impresa balneare ligure in quanto attività radicata nel territorio regionale e rappresentante parte della cultura e storia locale». La *ratio* della norma in questione si percepisce attraverso gli strumenti dell'interpretazione sistematica, ossia contestualizzando l'introduzione del suddetto "marchio di qualità" nel più ampio disegno "protezionistico" perseguito dal legislatore ligure. In quest'ottica si comprende agilmente come il meccanismo accertativo della "qualità" (declinato peraltro in termini estremamente generici) rappresenti il primo tassello per la costruzione di un regime di eccezione[78] volto a sottrarre alle dinamiche concorrenziali l'affidamento di una rilevantissima categoria di beni pubblici, ossia i beni del demanio marittimo.

Tanto la giurisprudenza sulla Galleria di Milano quanto la legge ligure in materia di stabilimenti balneari riflettono la volontà di sfruttare la "leva della tradizione" come strumento per contrastare l'egemonia del valore della concorrenza nel panorama degli interessi coinvolti nella gestione dei beni pubblici. Tuttavia, rispetto ad entrambe le posizioni (sia quella della giurisprudenza sul caso della Galleria sia quella del legislatore ligure sugli stabilimenti balneari "storici") a preoccupare sono i forti tratti di "soggettivismo" che contraddistinguono la valutazione in punto di "storicità" dell'iniziativa imprenditoriale, il che a sua volta rischia di introdurre nell'ordinamento pericolose zone grigie, nelle quali possono alimentarsi atteggiamenti ispirati da irrazionali ideologie sovraniste.

va esclusiva statale «tutela della concorrenza», con ulteriori quanto inevitabili ripercussioni anche sul fronte del rispetto del diritto europeo in tema di procedimenti di assegnazione di provvedimenti *latu senso* autorizzatori.

[78] Il tema della salvaguardia della tradizione, quale potenziale grimaldello per aprire varchi nel muro della rigida legislazione di matrice europea, emerge anche in settori diversi da quello strettamente commerciale, ad esempio in tema di produzione alimentare. Si veda la l.r. calabrese 7 novembre 2017, n. 41 recante «Disposizioni per agevolare l'uso dei locali di stagionatura tradizionale», nella quale si è previsto che, in nome della salvaguardia della tradizione nella tecnica di produzione dei latticini calabresi, sia possibile sfruttare per le operazioni di stagionatura locali dotati di «pareti geologicamente naturali» nonché di «pavimenti non impermeabili». Il Governo ha impugnato la legge in questione sostenendo che essa, in nome di generici obiettivi di salvaguardia della tradizione regionale, pretendesse di derogare alla normativa comunitaria in tema di requisiti igienico sanitari e strutturali per la produzione di alimenti. Tale censura, tuttavia, non è stata accolta dalla Consulta, la quale in concreto ha escluso il carattere oggettivamente derogatorio della legge regionale (Corte Cost., 29 novembre 2018, n. 2019). Il punto interessante, indipendentemente dall'esito del giudizio costituzionale, risiede, nell'emersione di un latente conflitto tra normative regionali volte a tutelare in vario modo tradizioni locali ed effetto tendenzialmente uniformante derivante dagli obblighi europei (soprattutto, ma non esclusivamente, sotto l'insegna delle politiche di liberalizzazione).

8. *Conclusioni*

I locali storici, e il tipo di protezione che ad essi si decida di riservare, rappresentano una tema che chiama in causa una serie di delicatissime questioni di natura giuridica e, ancor prima, politica. È chiaro, infatti, che il disinteresse verso questa importante realtà condannerebbe le nostre città ad una inaccettabile perdita di memoria e, di pari passo con essa, al pericolo di un "sbiadimento" della cultura collettiva in cui la città stessa si rispecchia. Al contempo, tuttavia, non possono neppure essere trascurati i rischi insiti in una strumentalizzazione della tradizione, dietro la quale possono astrattamente trovare riparo atteggiamenti ispirati ad un ottuso conservatorismo, il quale a sua volta rischia di determinare l'accentuazione delle divisioni sociali e dunque in definitiva l'attivazione di dinamiche disaggreganti.

Il ruolo del diritto, nella gestione di queste due antitetiche prospettive, è cruciale. Solo attraverso una razionale valutazione circa il tipo di protezione concretamente approntabile rispetto a tali realtà ed una altrettanto concreta procedimentalizzazione delle decisioni pubbliche (preordinate ad assicurare la protezione medesima) sarà infatti possibile scongiurare l'affermarsi di letture ideologicamente orientate e al contempo perseguire obiettivi di promozione dei contesti in cui possano realizzarsi proficue esperienze di sintesi culturale e di "miscela sociale". In quest'ottica, come si è visto, ad essere decisive saranno innanzitutto le scelte inerenti l'individuazione dei soggetti titolari dei poteri di iniziativa procedimentale relativa all'accertamento in via amministrativa del connotato di "storicità". L'adozione di un modello "a titolarità diffusa" di certo valorizza il principio di sussidiarietà orizzontale, conferendo al locale storico i connotati di un bene comune di nuova generazione. Al contempo, l'adozione di modelli ispirati ad una titolarità ristretta (sostanzialmente coincidente con i soli soggetti – proprietari ovvero titolari o gestori – beneficiari dei vantaggi economici e promozionali derivanti dall'accertamento della storicità) riflette un inappagante approccio bilaterale, spesso fonte di conflitto, incentrato sulla dialettica tra amministrazione, quale titolare del potere di riconoscere benefici in favore dei locali storici (*rectius* di chi li gestisce) e soggetti che, in vista della concessione di tali benefici, si autoassoggettano ad una serie di vincoli di conservazione altrimenti (ossia in assenza di volontario assoggettamento) non sussistenti.

Questa visione è senza dubbio troppo angusta. Vero è che la valorizzazione dei locali in questione passa attraverso una serie di iniziative che in concreto avvantaggiano chi gestisce i locali medesimi. Tuttavia il senso profondo del coinvolgimento pubblico nel settore in questione non è quello di fornire sovvenzioni o "incoraggiamenti" di sorta, bensì quello di assicurare alla cittadinanza in senso

lato la possibilità di fruire di spazi in cui consolidare e al contempo rinnovare la cultura collettiva, evitando che la stessa si riduca ad una sterile "mitizzazione" di imprecisati profili identitari. Accedendo a questa visione è chiaro, dunque, che l'accertamento della "storicità" dovrebbe essere concepito alla stregua di dovere in capo all'amministrazione, che in tal senso potrà anche attivarsi d'ufficio (il che, naturalmente, comprende anche la possibilità di dar corso a segnalazioni da parte di comuni cittadini o associazioni). Se è vero, infatti, che l'attività economica di per sé non può essere vincolata (neanche attraverso vincoli sulla *res* surrettiziamente orientati a vincolare l'attività) è altrettanto vero che ben può essere riconosciuta la matrice pubblica dell'interesse all'accertamento, *rebus sic stantibus* (ossia senza l'apposizione di alcun vincolo *pro futuro*) e alla divulgazione (attraverso elenchi pubblicati nonché, eventualmente, attraverso la previsione in termini di *dovere* dell'esibizione del logo o della targa comprovante la "storicità" del locale) delle informazioni che consentano alla cittadinanza di individuare i locali in questione, in modo da incentivare una frequentazione consapevole degli stessi.

Questa prospettiva dovrebbe orientare anche il dibattito scientifico al di fuori dei binari, già ampiamente arati, della distinzione tra valorizzazione e tutela dei beni in questione. Come evidenziato nel presente contributo, la nozione di locale storico deve emanciparsi da quella di bene culturale, tuttora legata a doppio filo con lo strumento vincolistico, strutturalmente inadeguato ad offrire tutela laddove il valore da salvaguardare non si compendi nel dato empirico corrispondente alle caratteristiche fisiche di una *res*. Per questa via il problema dell'immaterialità risulta notevolmente sdrammatizzato: uscendo dagli "steccati concettuali" della nozione di bene culturale, il carattere intangibile del bene "locale storico" perde il proprio tratto di intrinseca problematicità (insita nella necessità, in base al codice dei beni culturali, dell'ancoraggio alla *res*), la quale a ben vedere si "riposiziona" sul diverso, e non meno complesso, piano del necessario rispetto delle libertà economiche. Su questo fronte gli sforzi, della dottrina ma soprattutto in definitiva del decisore politico, dovranno concentrarsi soprattutto nel tentativo di travalicare la ormai insoddisfacente dialettica tra autorità (che imponga, o pretenda di imporre, vincoli surrettizi all'attività) e libertà, per coltivare piuttosto percorsi che facciano leva sull'incentivazione delle scelte gestionali virtuose. Ciò non solo attraverso l'attivazione della leva economica (intesa come erogazione di sussidi e benefici di varia natura) ma anche e soprattutto garantendo appropriate ed efficaci iniziative di divulgazione, orientate a coinvolgere la cittadinanza nella costruzione di una idea dinamica di città, che sappia superare la retorica identitaria per intraprendere un processo di sintesi tra tradizione e rinnovamento.

Riflessioni in tema di salvaguardia di "locali storici"

Il contributo esamina la realtà dei cd. locali storici e in particolare il tipo di considerazione che l'ordinamento nazionale e regionale riserva ad essi. Il principale interrogativo che emerge dall'analisi della legislazione, e che si riflette anche nella giurisprudenza, concerne i presupposti e gli strumenti delle iniziative pubblicistiche volte ad assicurare protezione a tali realtà. I problemi sono molteplici e concernono innanzitutto il difficile bilanciamento tra la volontà dell'amministrazione di proteggere i contesti in cui la cultura cittadina si identifica e si rinnova e l'esigenza di salvaguardare l'intangibilità delle libertà economiche nonché, su un piano ancor più generale, il libero dispiegarsi delle dinamiche di mercato.

Some reflections on the safeguarding of "historic shops"

The paper aims to examine the topics of historic shops and, in particular, the kind of consideration that the national and regional legal system reserves for them. The main issue that emerges from the analysis of legislation, and which is also reflected in case law, concerns the assumptions and the tools of the publicistic initiatives aimed at ensuring protection for these entities. In this field, many problems concern the difficult balance between the determination of public bodies to protect the places in which the urban culture is identified and renewed, the need to safeguard the inviolability of economic freedoms and, on an even more general level, the normal interplay of market forces.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 255-278

Articoli e saggi

Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici

Sara Valaguzza

Sommario: 1. Il cambio di paradigma per l'azione di committenza: dagli schemi ai modelli dialogici. – 2. *Alliancing* e *collaborative behaviours*: prime approssimazioni. – 3. La struttura concettuale base degli accordi collaborativi: definizione ed elementi essenziali. – 4. La base legale per la promozione degli accordi collaborativi nel settore pubblico.

1. *Il cambio di paradigma per l'azione di committenza: dagli schemi oppositivi ai modelli dialogici*

In occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno accademico, il Rettore dell'Università degli Studi di Milano, Professor Elio Franzini, ha dedicato un importante passaggio del suo discorso al tema della collaborazione. Ha detto: «L'Università, anche se a volte lo si dimentica, non è un partito politico, e neppure una palestra dove è bello confrontarsi solo con chi è amico o affine. L'università è tale – *universitas* – solo perché deve dialogare con la differenza, la varietà, il dissidio, con tutte le componenti che la costituiscono e che insieme permettono di farla avanzare, ciascuna essenziale per la vita comune, qualunque sia la sua funzione. […] si deve lavorare non per un'artefatta sintesi, per una soluzione conciliatrice, bensì per mettere in atto sempre di nuovo un dialogo consapevole del valore epistemologico delle differenze, capace di far parlare coscienze diverse. Uscire dagli schemi contrappositivi per aderire a modelli dialogici servirà forse a restituire un poco di speranza a un mondo – quello dell'università – che non ha nel nostro Paese, e non certo per mancanza di volontà propria, quel ruolo di riferimento che la scienza e il sapere dovrebbero possedere»[1].

La rinuncia alla sintesi in favore di un più paziente atteggiamento dialogico che consideri ed approfondisca le differenze, oltre a qualificare il rigore del

[1] La citazione è tratta dal discorso pronunciato da Elio Franzini, Rettore dell'Università degli Studi di Milano, in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno accademico, 7 febbraio 2019.

metodo scientifico, è un sistema di conoscenza utilizzato utilmente non solo nella dimensione politica[2], dell'economia[3], delle scienze sociali[4], ma anche in quella giuridica, nella quale si è messa in luce la rilevanza della rete come figura organizzativa della collaborazione[5], riferendosi al modello reticolare-matriciale come dinamica positiva in chiave pubblicistica[6]. Nei contratti, la collaborazione tra parti portatrici di interessi differenti, talvolta anche di visioni e prospettive oppositive, è uno strumento che rende le relazioni propositive ed efficaci, nel senso di rispondenti all'obiettivo che esse si prefigurano di raggiungere[7]. Si afferma così che «Companies, nonprofits, and governmental agencies that embrace disciplined collaboration perform better than those with an exclusively decentralized

[2] Nella dimensione politica ed istituzionale esistono diverse ed interessanti forme di collaborazione. Si va dal governo multilivello con pluralità di centri decisionali che devono necessariamente cooperare, all'istituto del coordinamento amministrativo per approdare alla co-amministrazione. In senso riassuntivo dei vari modi in cui le amministrazioni si rapportano tra di loro e con una ricca interpretazione critica si rinvia, per tutti, alle monografie di F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012; F. Giglioni, *Governare per differenza*, Pisa, 2012; B. Marchetti, L. De Lucia, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.

[3] Nel contesto economico attuale, caratterizzato tra l'altro dalla iper-specializzazione, la collaborazione è entrata a far parte del mondo dei contratti tra privati. Sono stati di recente pubblicati anche degli *standard* internazionali denominati «Collaborative business relationship management systems – Requirements and framework» ISO 44001/2017 per certificare che una determinata organizzazione sviluppa e gestisce i rapporti commerciali in un quadro di tipo collaborativo. La presenza di *standard* significa che la collaborazione è traducibile in modalità operative che si possono verificare e certificare. Per intendere con maggiori dettagli il mutamento dell'introduzione degli schemi collaborativi nella realtà d'impresa, si suggerisce la lettura del documento dell'*Institute for Collaborative Working*, *Understanding the Psycholgy of Collaboration: What Makes an Effective Collaboration*?, Marzo 2017, consultabile qui: http://www.instituteforcollaborativeworking.com/resources/documents/research_report_2017.pdf.

[4] Nel campo delle scienze economiche e sociali la collaborazione è indagata come uno strumento di coesione, di tipo solidaristico, che porta vantaggi sia ai singoli individui sia alle comunità, cfr. in via esemplificativa del dibattito in argomento M.T. Hansen, *Collaboration*, Harward University Press, 2009; D. Ancona, B. Henrik, *X-teams: How to Build Teams That Lead, Innovate, and Succeed. Boston*, Harvard Business School Press, 2007; J. Pfeffer, *What Were They Thinking? Unconventional Wisdom About Management. Boston*, Harvard Business School Press, 2007; J. Ericksen, D. Lee, *Right from the Start: Exploring the Effects of Early Team Events on Subsequent Project Team Development and Performance*, in *Administrative Science Quarterly* 49, no. 3 (2004): 438–471; A. Brandenburger, N. Barry, *Co-opetition: A Revolutionary Mindset That Combines Competition and Cooperation*, New York-Doubleday, 1996; M. B. Brewer, *Ingroup Bias in the Minimal Intergroup Situation: A Cognitive Motivational Analysis*, in *Psychological Bulletin* 86 (1979): 307-324. Molto interessante perché, sia pure nell'ottica dell'economia collaborativa intesa come *sharing economy*, guarda alla collaborazione come elemento di cambiamento non solo dell'economia, ma anche dell'accesso al mercato e delle abitudini dei consumatori, oltre che della gestione dei dati, del dritto della concorrenza, del diritto del lavoro e delle forme di risoluzione dei conflitti, il recente volume di V. Hatzopoulos, *The Collaborative Economy and EU Law*, Oxford-Portland, 2018.

Anche la Commissione Europea ha centrato l'attenzione sulla collaborazione, come elemento essenziale per l'economica del futuro: cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato per le Regioni, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, 2 giugno 2016, consultabile qui: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF

[5] Per tutti, S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003.

[6] D.J. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1998.

[7] Sulla collaborazione nella teoria dei contratti, sia consento rinviare a S. Valaguzza, *Collaborare nell'interesse pubblico*, Napoli, 2019.

approach, because disciplined collaboration combines the results of all the independent units and results based on collaboration»[8].

Quanto anticipato è vero anche per la contrattualistica pubblica oltre che per il processo decisionale della pubblica amministrazione, come viene evidenziato negli studi di scienza dell'organizzazione[9].

Sfruttando le dinamiche approfondite nelle scienze comportamentali sul valore della condivisione delle informazioni e sui comportamenti virtuosi che ne derivano, nel campo dei contratti tra privati si sta cominciando a sperimentare l'utilizzo di peculiari strutture giuridiche, che prendono il nome di 'accordi collaborativi', volte ad affiancare i contratti tradizionali, in una logica nuova, basata sulla flessibilità, piuttosto che sulla cogenza dei vincoli disciplinanti le obbligazioni dei contraenti, e sul riconoscimento della multipolarità delle relazioni giuridiche coinvolte nel raggiungimento di un medesimo obiettivo[10].

Tali accordi, strutturati come discipline di rete, riuniscono, in un livello più generale, diversi contratti, tra di loro originariamente separati ed autonomi, e si concentrano sulla regolamentazione dei processi di interscambio tra i componenti di una alleanza dai confini estesi. Il gruppo che viene così ad essere costituito si assume, collettivamente, un impegno a promuovere le finalità che sono state enucleate e condivise; per conseguenza, la disciplina giuridica si estende trasversalmente a rapporti inizialmente configurati in maniera indipendente.

Istituzionalizzando la collaborazione, mappando (prima) e disciplinando (poi) i nessi relazionali tra diversi contratti, si promuove una logica simile a quella degli impegni di c.d. *best effort*[11], conosciuti soprattutto nel contesto anglosassone e nelle buone prassi internazionali, per aumentare e qualificare la diligenza richie-

---

[8] M. Hansen, *Collaboration*, op. cit., 20.

[9] A tale proposito, interessanti riflessioni si ritrovano nel lavoro di H. A. Simon, *Administrative Behavior*, *A Study of Decision-making Processes in Administrative Organisations*, New York, ult. ed., 1997, che, ragionando sulle modalità di azione dell'amministrazione, distingue *cooperation*, per indicare la disciplina delle attività in cui diversi soggetti condividono uno scopo comune, da *coordination*, che si riferisce al processo di informazione e di interazione di azioni affidate a soggetti diversi.

[10] Le prime sperimentazioni e la struttura giuridica alla base degli accordi collaborativi è illustrata diffusamente, anche con riferimento ad esperienze di altri Paesi, nel recente volume di D. Mosey, *Collaborative Construction Procurement and Improved Value*, Londra, 2019, per la parte italiana sia consentito di rinviare al capitolo, ivi incluso, S. Valaguzza, *How does collaborative procurement operate in Italy*.

[11] Che rientrano nella più generale categoria delle *endeavours clauses,* che si distinguono in *best efforts, all reasonable efforts* e *reasonable efforts*. Il *leading case* sul tema è una sentenza del 1980, IBM United Kingdom Limited v Rockware Glass Limited, vertente sull'obbligo di un contraente di porre in essere i propri *best efforts* per ottenere un permesso di costruire. In IBM, la *Court of Appeal* ha stabilito che l'obbligo per un debitore di usare i propri *best endeavours* implica che egli si impegni «a prendere tutte le misure e iniziative che prenderebbe una persona prudente e determinata, che agisce nel proprio interesse e intende adempiere all'obbligazione cui è sottoposta», cfr. in argomento, E. Betto, *Mind the Gap: 3. Le clausole di* counterparts *e* best efforts *nel diritto inglese*, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, 123 ss.

sta alle parti che, sia pure assumendo un'obbligazione di mezzi, sono tenute a porre in essere ogni sforzo per raggiungere l'obiettivo contrattualmente prefissato.

Per definire la particolare categoria giuridica appena descritta utilizzeremo, ai fini della nostra ricerca, il termine «accordi collaborativi» e riporteremo il fenomeno nel macro-insieme, più capiente, delle tecniche di *alliancing*, dette anche *collaborative contracting* o *collaborative behaviors* [12].

Fino ad ora, il nostro ordinamento giuridico ha prestato poca attenzione a questo genere di accordi[13], che invece all'estero[14] è stata indagata da importanti studi di carattere spesso interdisciplinare[15].

---

[12] I fenomeni di *alliancing,* detti anche *collaborative contracting* o *collaborativ behaviours,* sono stati definiti in diversi modi nel tempo, sempre senza ricondurre il concetto ad una specifica figura contrattuale tipica o tipizzata, ma cercando di mantenerne una dimensione ampia che cogliesse soprattutto lo scopo di queste nuove figure di accordi, più che associarlo ad un particolare archetipo di contratto. In argomento si può consultare, per cominciare, D. McGeorge, A. Palmer, *Construction management new directions*, 2nd ed. Oxford, 2002.

[13] Mentre, per esempio, il Governo Britannico ha già ampiamente sperimentato le tecniche di *collaborative behaviours*, come vedremo nel paragrafo che segue.

[14] In argomento, con una prospettiva internazionale, cfr. D. Mosey (edited by), *Collaborative Construction Procurement and Improved Value*, Wiley-Blackwell, 2019.

[15] La tematica degli accordi collaborativi è studiata e approfondita specialmente nel mondo delle costruzioni pubbliche; per esempio, in Australia il governo del Nuovo Galles del Sud ha pubblicato nel giugno 2018 un interessante documento intitolato *NSW Government Action Plan – A 10 point Commitment to the Construction Sector*, con l'obiettivo di assistere l'industria delle costruzioni nell'implementazione di una nuova strategia di collaborazione, sia per la fase di progettazione e costruzione, sia per la fase di gestione; il documento è consultabile qui: http://www.infrastructure.nsw.gov.au/media/1649/10-point-commitment-to-the-construction-industry-final-002.pdf . Anche negli Stati Uniti la tematica degli accordi collaborativi è oggetto di studi specifici: cfr., per esempio, D.D. Gransberg, E. Scheepbouwer, C. Lopez del Puerto, *Making the Business Case for Alliance Contracting on US Megaprojects*, Paper n. 26, in *Proceedings of the Construction Research Congress*, ASCE, San Juan, Puerto Rico, Maggio 2016, in cui gli Autori analizzando i contratti collaborativi utilizzati dal Ministero dei Trasporti dello Stato di Washington per la costruzione di grandi progetti infrastrutturali e comparando i risultati statunitensi con quelli ottenuti in altri Paesi come Nuova Zelanda e Paesi Bassi, sono giunti alla conclusione che essi rappresentino il metodo migliore per realizzare con successo progetti ad alto rischio. Anche in Germania compare qualche studio *ad hoc*: cfr., in particolare, K. Spang, S. Riemann, *Partnering in infrstructure projects in Germany*, in *Social and Behavioural Sciences*, volume 119, n. 19, 219-228, 2014. Sempre a titolo esemplificativo della sensibilità che all'estero è emersa in senso favorevole alla diffusione di schemi collaborativi nei contratti pubblici e privati, si può consultare il documento *Collaborative contracting: make it happen del luglio 2018* (rapporto redatto da McKinsey), nel quale si legge che: «Increased use of collaborative contracting models was a prominent theme at the 2017 summit in Singapore, and there was robust discussion in London about how those models can help align all stakeholders and establish outcome-focused measures of progress that consider the impacts on end users. It will be important that collaborative contracts include appropriate risk sharing, set clear expectations, establish a problem solving-mentality, and offer financial incentives for each stakeholder. Such contracts will also be critical in reconfiguring the supply chain in a world with increasing industrialized and prefabricated components». L'utilizzo di modelli collaborativi, che legano in una relazione sinergica committente pubblico, appaltatore o concessionario e subcontraenti privati, è guardato con estremo interesse con l'intenzione di ricavarne strutture adeguate per la ripartizione dei rischi tra tutti i soggetti coinvolti in una certa iniziativa, per individuare con dettaglio gli obiettivi sostanziali di interesse pubblico e per affrontare in maniera efficiente gli imprevisti, in un quadro giuridico che permetta a tutte le parti di guadagnare (non nell'introdurre problemi, ma) se il risultato atteso viene raggiunto e se vengono risolte in maniera condivisa criticità sopraggiunte, con una netta valorizzazione dell'impegno profuso dalle imprese durante la fase di esecuzione dei contratti. Cfr.: https://www.globalinfrastructureinitiative.com/article/collaborative-contracting-making-it-happen.

Di recente, però, anche in Italia ci sono stati i primi impieghi di schemi contrattuali relazionali e alcune sperimentazioni sono state condotte proprio nel campo della contrattualistica pubblica[16].

In questo scritto, ci chiederemo se ed in che modo «uscire dagli schemi contrappositivi per aderire a modelli dialogici», come si scriveva in esordio, possa apportare benefici al mercato dei contratti pubblici, che è percorso dalla pervicace resistenza, spesso ideologica, dei suoi principali attori a collaborare in maniera trasparente e proattiva.

Considerando l'ambito dei contratti pubblici, il dato oggettivo di partenza è che la fase di esecuzione è costellata da problematiche giuridiche e operative, finendo per lasciare tutti insoddisfatti: l'amministrazione, che si trova a pagare di più rispetto a quanto preventivato; l'operatore economico che non ottiene le utilità sperate; gli utenti dell'opera, del servizio o della fornitura, che non sempre sono messi in condizione di godere di prestazioni di elevata qualità e che spesso non lo sono comunque nei termini stabiliti.

Non vi è chi non colga come le crisi aziendali degli ultimi tempi e l'ormai fisiologico livello di conflittualità del settore di nostro interesse[17] rendano quanto mai urgente l'intrapresa di un percorso di riconciliazione, che conduca ad un linguaggio e ad una visione comuni, in cui le diverse componenti del mercato, dal committente ai membri della filiera delle imprese, possano confrontarsi ed unirsi per creare valore pubblico aggiunto[18].

---

[16] I casi pilota nel settore pubblico sono il frutto dell'attività di studio del Centro sul diritto e management delle costruzioni (CCLM), costituito tra Università degli Studi di Milano, Politecnico e Università degli Studi di Brescia per la ricerca e la sperimentazione nel settore delle costruzioni, che ha introdotto nell'ordinamento italiano il primo modello-tipo di accordo di collaborazione e ne ha proposto l'applicazione ai committenti pubblici. Le prime applicazioni sono descritte nel *working papaer* di G. Di Giuda, S. Valaguzza, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni,* in *Collana ANAC,* 2019, http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Pubblicazioni/Collana%20scientifica%20Autorita/16maggio_DI%20GIUDA_%20VALAGUZZA_Accordi_collaborativi.pdf , che, dopo aver fornito dei dati di contesto rilevanti per comprendere la proposta di valorizzare gli schemi giuridici collaborativi in luogo di quelli tipicamente antagonisti che caratterizzano il rapporto tra committenti pubblici e operatori economici privati, illustra la logica degli accordi collaborativi ed esemplifica i concetti prospettando alcune applicazioni pratiche, al fine di promuoverne l'utilizzo in favore della committenza pubblica, come metodo per efficientare tempi e costi di realizzazione delle opere pubbliche e migliorare i risultati rispetto alle attese.

[17] Nella audizione presso la Commissione Lavori Pubblici del Senato della Repubblica del 5 dicembre 2018, l'Associazione Nazionale dei Costruttori Edili ha indicato tra le criticità più rilevanti dei contratti con le amministrazioni, il contenzioso sia in fase di gara sia in fase esecutiva. La riduzione del contenzioso nella fase esecutiva, anche valorizzando gli strumenti di tutela alternativi al giudizio, è stata enunciata come un obiettivo fondamentale, sul quale le imprese hanno richiesto al legislatore di intervenire. Cfr. https://www.lavoripubblici.it/documenti2018/lvpb4/Memoria_ANCE.pdf.

[18] Sul concetto di creazione di valore pubblico aggiunto cfr., se si vuole, S. Valaguzza, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, 134 ss.

Non a caso alcuni Paesi, in particolare il Regno Unito[19], hanno promosso le tecniche di *alliancing* proprio nel campo dei contratti pubblici. Lì, il *collaborative contracting* è parte di una strategia, ascrivibile all'ambito della *Construction Strategy*[20], studiata per migliorare la capacità dell'azione di committenza. Nel documento *UK Government Effectiveness of Frameworks Report*[21], i vantaggi registrati grazie alle tecniche di collaborazione sono stati ricondotti ad una modifica identitaria del rapporto tra il committente e la filiera degli operatori economici, passato dall'antagonismo al dialogo.

I benefici testati sono i seguenti[22]: *delivering sustainable efficiency savings; reduction in consultancy and construction costs; delivery of projects closer to target cost and time; reduction of disputes, claims and litigation; high client satisfaction rates; high proportion of value of work undertaken by small and medium-sized; enterprises (SMEs); high proportion of local labour and sub-contractors; high take-up of government initiatives e.g. Fair Payment, Apprenticeships, localism etc.; high proportion of construction, demolition and excavation waste diverted from landfill; good health and safety performance against national average; acting as a key enabler to integration of the supply team*[23].

---

[19] In generale, sull'esperienza britannica, è possibile ottenere dati continuamente aggiornati sulle esperienze pratiche in tema di *alliancing* e su nuovi modelli contrattuali al seguente indirizzo: *http://www.allianceforms.co.uk/about-fac-1/* . Sui contenuti e lo schema del FAC-1, invece, si consiglia la lettura del *Briefing Paper* consultabile qui: https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/construction/FAC-1-Briefing-Paper.pdf.

[20] Cfr. *Government Construction Strategy* 2011-2014, il Governo Britannico ha dichiarato questo intento: «This strategy means that the public sector will become a better client – more informed and better coordinated when its requirements are specifed, designed and procured. The strategy also challenges industry business models and practices. It will replace adversarial cultures with collaborative ones; and will demand cost reduction and innovation within the supply chain to maintain market position – rather than innovation that is focused on the bidding process – with a view to establishing a bargaining position for the future». Al termine dei quattro anni interessati dalla prima linea di azione, in seguito alla verifica delle priorità indicate in precedenza, sono stati raccolti ed analizzati i risultati raggiunti ed è stata adottata, di conseguenza, in linea con la politica prescelta, la *Government Construction Strategy* 2016-2020.

[21] Ancora *Final report to Government bu Procurement/Lean Client Task Group,* consultabile qui: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/61157/Procurement-and-Lean-Client-Group-Final-Report-v2.pdf.

[22] Cfr. *Final report to Government by Procurement/Lean Client Task Group,* consultabile qui: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/61157/Procurement-and-Lean-Client-Group-Final-Report-v2.pdf.

[23] Visti i benefici rilevati, le tecniche di *alliancing* sono state impiegate in maniera massiccia e rappresentano ora un importante elemento qualificante della contrattualistica, pubblica e privata, di quel Paese. L'investimento che il Governo inglese ha ritenuto di fare sulla collaborazione ha portato anche a standardizzare un modello, che è stato denominato *Framework Alliance Contrac,* FAC-1, realizzato grazie ad un progetto che ha coinvolto le istituzioni, il mondo delle professioni e il *King's College* di Londra. Il *Framework Alliance Contract*, elaborato nel contesto britannico dal King's College di Londra, con David Mosey e pubblicato da *ACA Council*, è redatto come uno *standard* di accordo e ormai appartenente alle *best pratices* del buon committente pubblico. Un utilizzo particolarmente interessante del *Framework Alliance Contrac* ha riguardato, per esempio, il settore dell'edilizia scolastica. In particolare la LHC, che svolge servizio di committenza a livello nazionale, ha adottato il FAC-1 per appalti che includono scuole ed edifici pubblici e per realizzare strutture edilizie di interesse pubblico, come case di accoglienza, case di riposo, alloggi per studenti. Tra i componenti della collaborazione, i cui

Il caso inglese dimostra che, a fronte di una linea condivisa, supportata e promossa a livello governativo, in cui si verifichino risultati positivi in termini di risparmio di tempi e costi, oltre che di migliore rispondenza agli interessi pubblici, l'utilizzo delle tecniche di *alliancing* da parte delle amministrazioni locali è una conseguenza naturale.

In una prospettiva più generale, l'agire per diffondere la cultura della collaborazione a partire dal settore pubblico appare notevolmente conveniente non solo in quanto di ciò beneficerebbe la spesa pubblica, ma anche perché sarebbe immediatamente coerente utilizzare strumenti regolatori per «educare» il mercato a buone prassi, posto che l'ambito dei contratti pubblici è già oggetto di una regolazione volta alla promozione dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, controllo dei tempi e dei costi di esecuzione, tutela dell'ambiente e l'efficienza energetica, tutela delle piccole e medie imprese. Il che non solo giustificherebbe, ma anzi renderebbe perfino opportuno, un intervento regolatorio, eventualmente nei termini della *soft regulation*, che spinga le amministrazioni ad adottare schemi dialogici e collaborativi.

Peraltro, nel nostro Paese, l'obbligatorietà progressiva degli strumenti di modellazione digitale, imposta dal Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 560/2017, renderà inevitabile, proprio nel mercato dei contratti pubblici, accompagnare l'impiego dei metodi di progettazione e di controllo digitali con contratti sempre più flessibili e multi-parti, in cui si regoli l'interazione dei soggetti che operano, con diversi compiti, nel medesimo ambiente condiviso di dati messi in comune[24].

A partire da queste constatazioni, intendiamo vagliare la possibilità che, introducendo anche nel settore pubblico l'utilizzo degli accordi collaborativi, si innestino elementi di flessibilità che migliorino la relazione tra le parti, riportan-

---

contratti sono stati disciplinati anche al livello di rete ricorrendo alle tecniche di *alliancing*, sono stati inseriti i consulenti, il project management, i soggetti incaricati di prestare i servizi di architettura e ingegneria. La LHC ha utilizzato il FAC-1 per creare un framework della collaborazione multicliente e su larga scala.

[24] In particolare, il *Building Information Modelling* sarà obbligatorio, dal 2019, per lavori complessi relativi ad opere di importo a base di gara pari o superiore a 100 milioni di euro; nel 2025 l'obbligatorietà del BIM sarà generalizzata a tutte le opere di edilizia pubblica. Si è dunque inteso promuovere l'evoluzione del settore edilizio tramite l'applicazione di processi tecnologici avanzati, a partire dalla domanda pubblica: di fronte allo «scenario polverizzato di attori e responsabilità» presente nel mercato dei servizi di architettura e ingegneria, «solo una pur lenta ma graduale evoluzione di una forte committenza pubblica e della sua funzione sembra poter determinare il cambiamento necessario», S.R. Ermolli, P. De Toro, *Innovazione di processo per la digitalizzazione degli appalti pubblici: sinergie tra BIM e analisi multicriterio*, in *Techne*, n. 6, 2013, 90. Più in generale sul BIM, C. Eastman, P. Teicholz, R. Sachs, K. Liston, *Il BIM. Guida completa al Building Information Modeling per committenti, architetti, ingegneri, gestori immobiliari e imprese*, Edizione italiana a cura di G.M. Di Giuda, V. Villa, Milano, 2016. Con riferimento all'ordinamento italiano, la più completa disamina del BIM quale metodo innovativo di progettazione, soprattutto con riferimento alle sue applicazioni pratiche nel settore delle costruzioni, è quella svolta da A. Ciribini, *BIM e digitalizzazione dell'ambiente costruito*, Palermo, 2016; Id., *L'information modeling e il settore delle costruzioni: IIM e BIM*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

do nel rapporto contrattuale la fiducia reciproca e la leale collaborazione, e consentano così di raggiungere il perseguimento dell'interesse pubblico, nell'interesse della comunità amministrata.

2. **Alliancing *e* collaborative behaviours*: prime approssimazioni***

Il ragionamento che sta per essere sviluppato sul significato e sulle potenzialità dell'impiego dei modelli dialogici in tecniche contrattuali applicabili anche nel campo dei contratti pubblici in Italia, ci induce ad avviare il percorso raccordando anzitutto le nostre riflessioni all'elemento logico basilare del contratto, che è l'*accordo* tra due o più parti.

L'amministrazione per accordi[25], ossia l'utilizzo del diritto privato e, nello specifico, del contratto, pur non potendo condurre lontano dai principi dell'azione amministrativa, che connotano il soggetto pubblico in quanto tale, è pur sempre basata sul consenso[26] ossia sulla reciproca e concertata volontà diretta ad uno scopo comune che, nel caso dei contratti pubblici, riguarda necessariamente

[25] Sulla problematica del rapporto tra amministrazione e diritto privato, oltre ai fondamentali studi classici di Cammeo, Amorth, Forti, De Valles, D'Alberti, Carnelutti, Miele, Bodda, Giannini, e Pericu, i contributi scientifici sono numerosissimi; ci si limiterà, pertanto, ad una indicazione bibliografica selettiva, senza alcuna pretesa di esaustività: F. Merusi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. Pubbl.,* 2007, 427 ss. e Id., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007; P. Chirulli, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005; G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997. Specificamente sulla capacità di diritto privato degli enti pubblici, imprescindibili per comprendere lo sviluppo attuale: F. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione: capacità e legittimazione a contrarre,* Firenze, 1937; M. Cantucci, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941; E. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 35 ss.; G. Pericu, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; C. Marzuoli, *Principio di legalità è attività di diritto privato*, Milano, 1982; G. Greco, I *contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986; F.P. Pugliese, *Contratto – sub Contratti della pubblica amministrazione,* ad vocem, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

[26] Lo studio del consenso nei negozi giuridici di diritto privato è spesso legato ai profili inerenti all'autonomia privata e alla protezione della «libertà del volere» che li caratterizza. Il consenso si forma sull'accordo, che ha priorità logico giuridica rispetto al contratto in senso stretto (inteso come documento contrattuale) e che, infatti, è elemento essenziale del contratto ai sensi dell'art. 1321 cc. Più in generale, si afferma, per esempio, che «Se per formazione o conclusione del contratto si intende la formazione della fattispecie contrattuale, risulta la piena equivalenza di significato tra formazione del contratto e accordo: il contratto è concluso quando si perfeziona l'accordo tra le parti.», M. Bianca, *Diritto civile*, Milano, 2015, 206. O, ancora, «Il negozio giuridico ha la funzione di consentire ai singoli di regolare in modo autonomo i propri interessi, dando ad essi un assetto *voluto*. […] Ciò che crea il vincolo è invece la posizione di un regolamento di interessi (…) nei confronti di altre persone attraverso la dichiarazione o l'attuazione negoziale», P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, 155 ss. Del resto, la «signoria della volontà» sta proprio a significare il ruolo centrale del consenso, formato attorno ad un determinato assetto di interessi, che unisce *tutte* le parti del contratto, cfr. F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 2017, Cap. XII; F. Delfini, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2017.

La rilevanza del consenso si riverbera anche sulla teoria della interpretazione del contratto che, infatti, cerca, attraverso l'interpretazione soggettiva, di individuare la «comune intenzione delle parti», anche ove diverga dal comune sentire.

esigenze di interesse pubblico. È il consenso che, come affermano gli studiosi del diritto civile, si oggettivizza nel contratto[27].

Questo fatto ci consente anzitutto di precisare che la struttura logico-giuridica della relazione contrattuale sarebbe immediatamente alterata allorquando, da un lato, l'amministrazione pretendesse di utilizzare le logiche proprie dell'azione imperativa nella fase di sviluppo della relazione contrattuale e, dall'altro, il privato dimenticasse il dovere di buona fede nell'interpretazione del sinallagma. L'interpretazione corretta del contratto include anche il riconoscimento dei limiti di azione dei soggetti pubblici che, secondo i più, non godono dell'autonomia privata, vista la funzionalizzazione dell'attività anche di diritto privato dell'amministrazione all'interesse pubblico (e, dunque, non alla libertà del volere)[28]. Non bisogna dimenticare che al contratto pubblico si ricorre perché l'amministrazione esprime un bisogno, affidato alla fase di selezione del contraente, a cui i soggetti interessati alla procedura di gara dichiarano di voler rispondere.

Nel momento dell'aggiudicazione del contratto, quindi, si crea un sodalizio – *id est* l'accordo tra le parti – dotato dei crismi della giuridicità e retto dalle norme civilistiche oltre che dai principi dell'azione amministrativa di diritto privato.

Si intende dire con ciò che, anche nel mercato pubblico, il contratto forma, sempre e comunque, una alleanza collaborativa, essendo, pure qualora le parti siano un ente pubblico e uno o più soggetti privati, un accordo (potremmo dire anche un «patto») volto a raggiungere finalità condivise[29].

Questa precisazione, che appare ovvia e ridondante dal punto di vista teorico, non lo è affatto se si pensa a quanto accade nella animata e multiforme realtà della

---

[27] Nel senso che, una volta che il contratto viene stipulato, «la volontà contrattuale cessa di essere un fatto psicologico e interno. Il soggetto è tenuto perché ha indotto altri a fidarsi della sua parola.», R. Sacco, F. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 2012, 171.

[28] Contrario al riconoscimento di un'autonomia privata in capo alle amministrazioni pubbliche, in virtù della tesi della funzionalizzazione dell'azione amministrativa, F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa - Atti del convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 20-22 settembre 2001, Milano, 2002, 44: «l'azione consensuale non può essere rapportata ad una situazione soggettiva che risponda alle caratteristiche essenziali dell'autonomia contrattuale, dato che l'amministrazione non può «liberamente determinare il contenuto del contratto» o dell'atto consensuale in genere; e va invece riferita ad un potere precettivo di diversa consistenza (funzionalizzato, vincolato, disciplinato nella forma e indirizzato nella sostanza): il potere amministrativo». Nello stesso senso anche R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 70 ss. Rifiuta di qualificare il rapporto tra diritto privato e ente pubblico nei termini dell'autonomia privata anche S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 117 ss. ricordando D. Sorace, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini, Milano,* 1988*,* vol. II, 772. I. Critico anche M. Galli, *Attività contrattuale della Pubblica amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, Napoli, 2003, 68 ss. Contrario anche V. Cerulli Irelli, *Diritto amministrativo e diritto comune. Principi e problemi*, in *Scritti G. Guarino*, I, Padova, 1998, 553 ss. spec. 574 ss., che esclude la configurabilità di una autonomia privata dell'amministrazione per la necessaria vigenza dei principi di imparzialità e di tutela dei terzi.

[29] Del resto, come è stato di recente rilevato: «La contractualisation, la négociation et le consensualisme sont alors développés pour répondre aux maux de l'action publique et à la crise de la modernité juridique.», M. Amilhat, *Contractualisation, négociation, consensualisme: nouvelles approches du droit public*, in *RFDA*, 2018, 1 ss..

pratica del diritto dei contratti pubblici, nella quale albergano contrasti di volontà fin dalle prime fasi esecutive del rapporto, come se quell'accordo che dà forza giuridica al contratto e contenuto alla relazione tra due o più parti, non ci fosse mai stato.

La patologia che affligge spesso i contratti pubblici, fin dalle fasi iniziali, è che, nonostante ci sia un accordo in termini giuridici, esso viene subito disconfermato nei fatti, con iscrizione di riserve, lettere di contestazioni e messe in mora, ancora prima che si dia avvio alle prestazioni di competenza dell'appaltatore, e così via.

Ora, se, come si è detto riferendoci all'esperienza inglese, l'*alliacing* ha l'ambizione di mutare l'identità della relazione tra committente pubblico ed operatori economici privati, trasformandola da conflittuale a dialogica, dovremmo avere cura di concentrare l'attenzione dei contraenti sull'accordo, cioè sull'obiettivo sostanziale che sta alla base del bisogno di interesse pubblico che ha indotto l'amministrazione a contrarre e della risposta che ad esso l'aggiudicatario della gara ha inteso proporre.

Per ottenere questo risultato, le tecniche di *alliancing* vanno oltre la struttura minima attorno a cui si costruisce il rapporto contrattuale[30]: dato per assodato che non è utile ragionare di *collaborative behaviours* se non dopo aver ritrovato il nucleo concettuale di base della relazione contrattuale, che consiste nell'*accordo* tra due o più parti diretto ad uno scopo condiviso, occuparsi di accordi di collaborazione significa però intendersi su quale sia il contributo ulteriore e specifico che questo genere di intese apporta alla relazione giuridica che unisce due o più parti interessate al medesimo obiettivo.

Preliminarmente possiamo precisare che, nell'ottica che riteniamo di poter prospettare, l'accordo collaborativo è un atto dotato di rilevanza giuridica e valore vincolante; attraverso di esso, gli schemi dialogici superano l'informalità della generica disponibilità ad interagire e assurgono a quello della forma propriamente contrattuale[31].

---

[30] Nella dottrina internazionale si trova traccia di una categoria concettuale molto ampia, che viene definita come *contratto relazionale*: «unlike traditional legal doctrine, relational contract comfortably accommodates arrangements in which the parties to a commercial exchange aspire to rise above individual opportunism to manage an endeavor collectively and to share the risks and rewards of the venture. The intentionally relational contract stands in contrast to the more conventional notion of a commercial agreement, which intends, as much as possible, to allocate risks associated with a discrete transaction between the parties through contractual terms that attempt to anticipate and govern all reasonably foreseeable contingencies», cfr: Circo C.J., *A Case Study in Collaborative Technology and the Intentionally Relational Contract: Building Information Modeling and Construction Industry Contracts*, University of Arkansas Research Paper No. 14-29, 2015, disponibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2463467.

[31] Quando il dialogo flessibile che la collaborazione promuove diventa oggetto di un accordo di collaborazione, il vincolo che tale accordo genera ha il medesimo peso di quello proveniente da un contratto di appalto o di concessione. I primi esperimenti applicativi dimostrano che il tema della consapevolezza della vincolatività degli impegni assunti in un contesto collaborativo è un argomento che merita ulteriore riflessione, in termini prettamente giuridici. Un punto debole della collaborazione è che essa è spesso intesa come un accessorio informale, come se la sottoscrizione di un accordo collaborativo fosse meno vincolante, per l'appaltatore, per il direttore dei lavori, per i subcontraenti, di quella del contratto di appalto. Il che, evidentemente, in termini legali non è corretto. Per questo è fondamentale, a nostro avviso, chiarire i presupposti concettuali e giuridici alla

A questo punto, però, la nostra ricerca deve necessariamente confrontarsi con il problema definitorio. In particolare, indagheremo prima, sia pure per sommi capi, l'ambito logico nel quale gli accordi collaborativi si sono sviluppati, che è quello dell'*alliancing*, e tenteremo poi di fornire una definizione giuridica capace di chiarire il concetto.

Il fenomeno dell'*alliancing* è stato spiegato con diversi termini, spesse volte in maniera a-tecnica[32] che lascia insoddisfatto il giurista[33]. Il che tuttavia è comprensibile perché l'intenzione non appare quella di identificare i confini di uno specifico tipo di contratto. Infatti, ci si è limitati, perlopiù, a descrivere una strategia relazionale multipolare, funzionale a determinati scopi.

Nella letteratura tecnica straniera e nei documenti di vari gruppi di lavoro sul tema della collaborazione si trovano utilizzate le espressioni, impiegate pressoché con il medesimo significato, di *collaborative contracting*, *alliancing* e *collaborative behaviours*.

Si è detto che l'*alliancing* raggruppa quegli accordi che mettono in relazione due o più soggetti, di varie dimensioni, nazionali o internazionali, per condividere obiettivi ed interessi economici comuni[34]; che con il *collaborative contracting* si disciplina l'attività di impresa affinché apporti valore aggiunto in favore del progresso delle società e a beneficio degli utenti finali[35]; che con l'*alliancing* si costruisce la cooperazione tra più soggetti per creare una sinergia strategica che contribuisca a migliorare i risultati attesi da un determinato progetto condiviso[36].

La definizione che appare più utile nella prospettiva giuridica, sia pure ancora piuttosto generica, è stata fornita da Love and Gunasekaran, secondo cui rientrano nel campo dell'*alliancing* quegli accordi che costituiscono una relazione

base degli accordi collaborativi, a cui culturalmente gli operatori del nostro mercato, ma anche i committenti e i professionisti, specialmente se sono figure tecniche, non sono ancora avvezzi.

[32] Le definizioni si ritrovano in diversi manuali e studi monografici. Si rinvia, per esempio, al già citato manuale di D. McGeorge, A.Palmer, *Construction management new directions*, op. cit.

[33] Va anche tenuto presente che le definizioni sono incluse perlopiù in scritti di contenuto tecnico; il che rende fisiologico un approccio non sempre preciso con riferimento alle categorie concettuali della scienza giuridica.

[34] «A relationship between two entities, large or small, domestic or foreign, with shared goals and economic interests», United States Trade Center, in http://ustradecenter.com/alliance.html#introduction, 1998.

[35] «Organisations with capabilities and needs come together to do business and add value to the other partner, at the same time working to provide a product which enhances society and the capability of the ultimate client», G. Nicholson, *Choosing the right partner for your joint venture, Fletcher construction,* in *Proceedings of joint venture & strategic alliance conference*, Sydney, Australia, 1996.

[36] «A cooperative arrangement between two or more organizations that forms part of their overall strategy, and contributions to achieving their major goals and objectives for a particular project», A. Kwok, K. Hampson, *Building strategic alliances in construction*, in *Queensland University of Technology, AIPM Special Publication*, 1996. Similmente, l'accordo collaborativo è definito come quel contratto in cui «the client and associated firms will join forces for a specific project, but will remain legally independent organisations. Ownership and management of the cooperating firms will not be fully integrated although the risk of the project is shared by all participants», A. Gerybadze, *Strategic alliances and process redesign*, New York, 1995.

organizzativa a rete e disciplinano comportamenti collaborativi in vista del raggiungimento di specifici scopi comuni[37].

A partire dalla constatazione della difficoltà di individuare una categoria specifica e dettagliata a cui associare la nozione di giuridica di collaborazione, alcuni interessanti studi[38] hanno proposto di ragionare di *alliancing* utilizzando la teoria delle «somiglianze di famiglia» di Wittgenstein[39], per arrivare, attraverso quella strada, a proporre una nozione piuttosto ampia e flessibile, capace di rappresentare adeguatamente, a detta dei ricercatori che hanno seguito questo percorso, il fenomeno e le diverse articolazioni in cui in concreto esso si declina, senza smarrirne la complessità.

Si ricorda che, secondo il filosofo tedesco, a fronte di un concetto complesso e articolato, l'approccio di chi voglia definirlo è quello delle affinità: così come all'interno di una famiglia, vi sono delle somiglianze somatiche e caratteriali tra genitori e figli o tra parenti, che legano tra loro non tutti i componenti ma solo alcuni, ugualmente i concetti complessi aggregano esemplari caratterizzati dall'appartenere alla famiglia del concetto che si consideri, nel nostro caso quella degli accordi collaborativi, ma poi vi sono *species* che appartengono al *genus* con il quale condividono solo alcuni aspetti e non altri.

Procedendo con il metodo Wittgensteiniano, si è sostenuto che *collaborative contracting*, *alliancing* e *collaborative behaviours* sono caratterizzati da alcuni elementi definiti *hard*, che appartengono alla dimensione giuridico normativa del rapporto contrattale, e da alcuni elementi appellati come *soft*, propri delle modalità in cui la relazione contrattuale si sviluppa, individuati tenendo presente le scienze comportamentali. Nei primi rientrano: la forma scritta del contratto e una regolamentazione precisa di responsabilità e guadagni delle parti; nei secondi: la fiducia, la lunga durata del rapporto, i comuni obbiettivi, i vantaggi per ogni componente della collaborazione, la flessibilità, l'equilibrio nella ripartizione di impegni e guadagni, i sistemi alternativi alla giurisdizione per la risoluzione

[37] Gli Autori riprendono una definizione piuttosto comune di *alliancing*, di carattere finalistico: l'*alliancing* si pone lo scopo di «establish inter-organisational relations and to engage in collaborative behaviour for a specific purpose», P.E.D. Love, A. Gunasekaran, *Learning alliances: a customer–supplier focus for continuous improvement in manufacturing*, in *Indus Comm Training* 1999;31(3):88–96. Similmente, per *alliancing* si è intesa una alleanza strategica, nella quale «an inter-organisational arrangement which usually exists between two companies that extends beyond a specific project and the parties would expect ongoing, mutually beneficial business», R. Peters, D Walker, K.Hampson, *Case study of the Acton Peninsula Development. Research and case study of the construction of the National Museum of Australia and the Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies. School of Construction Management and Property, Queensland University of Technology,* Australia, 2001.

[38] In particolare ci si riferisce allo scritto di J.F.Y. Yeung, A.P.C. Chan, D.W.M. Chan, *The definition of alliancing in construction as a Wittgenstein family-resemblance concept,* in *International Journal of Project Management* 25, 2007, 219-231.

[39] Cfr. L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, ult. ed., 2014.

dei conflitti tra le parti dell'accordo, la cooperazione e le forme agili di comunicazione tra le parti, gli incontri periodici tra i componenti della collaborazione[40].

Ecco che cosa si intendeva dire anticipando che, quando si parla di *alliancing* non ci si riferisce ad una specifica figura contrattuale tipica; piuttosto si richiama un processo relazionale che può essere disciplinato in accordi tipizzati o meno, i cui tratti essenziali – *hard* e *soft* – sono quelli appena richiamati.

Ovviamente, se ci riferissimo specificamente al nostro ordinamento giuridico, dovremmo dire che si tratta di accordi atipici, dato che non sono regolati nel codice civile o in leggi speciali né l'accordo di collaborazione né figure ad esso assimilabili.

Di conseguenza, nel nostro sistema, gli accordi collaborativi, qualificabili come accordi atipici, troverebbero il loro fondamento nell'art. 1322 c.c., che ammette che le parti possano liberamente determinare il contenuto di contratti che non rientrino nei tipi, purché mirino a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Sotto quest'ultimo profilo, pare non si possano sollevare dubbi sul fatto che il contenuto degli accordi collaborativi supererebbe il vaglio di ammissibilità sulla meritevolezza, necessario per riconoscere la giuridicità degli accordi atipici, considerato che la disciplina della collaborazione, come si è visto, è volta ad apportare benefici sia in termini economici sia in termini qualitativi che finiscono per migliorare il risultato sostanziale che una certa attività si prefigura.

Inserito il discorso nell'ambito logico dell'*alliancing*, il modo di vedere le cose del giurista ci porta ad approfondire ulteriormente la questione, alla ricerca di una definizione del fenomeno e degli elementi essenziali che lo caratterizzano. Nel paragrafo che segue, dunque, andremo alla ricerca di una struttura concettuale di base degli accordi collaborativi, tenendo come riferimento il sistema italiano e, in particolare, le nozioni essenziali in tema di obbligazioni e contratti.

3. *La struttura concettuale base degli accordi collaborativi: definizione ed elementi essenziali*

Alla luce di quanto precede, in via di prima approssimazione, l'accordo collaborativo può essere inteso come un particolare modo di interpretare la relazione giuridica intercorrente tra più soggetti, non necessariamente parti dello stesso contratto, ma coinvolti nella realizzazione del medesimo obiettivo finale (per esempio, la costruzione di una scuola, la fornitura di panchine in un parco pubblico, o la gestione di un servizio pubblico). Esso si fonda sulla mappatura della rete dei rapporti interconnessi, che vengono disciplinati nei loro intrecci in maniera flessibile, allo scopo di affrontare situazioni critiche o comunque frammiste, guidan-

[40] J.F.Y. Yeung, A.P.C. Chan, D.W.M. Chan, *The definition of alliancing in construction as a Wittgenstein family-resemblance concept,* cit., 219 ss.

do le interazioni affinché si ottengano miglioramenti nelle *performances* di ciascuno per effetto della disciplina dell'alleanza, di cui l'accordo collaborativo si occupa.

L'identificare nella collaborazione una regola di azione per ottenerne benefici di gruppo, accomuna gli accordi di collaborazione ai contratti di rete. Nei contratti di rete, introdotti con il D.L. n. 5 del 10 febbraio 2009, due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche per accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato e identificano una forma di aggregazione che può applicarsi ad un numero indistinto di attività da svolgersi in comune, istituendo una sinergia prevalentemente soggettiva[41]. Con i contratti di rete le imprese mantengono la propria autonomia organizzativa, ma creando nessi di interdipendenza e di coordinamento per migliorare le proprie *performances* sui mercati. Negli accordi collaborativi, invece, si costruisce un gruppo di lavoro speciale orientato verso uno scopo specifico, qualificato, in termini oggettivi, dal programma comune. Nel nostro caso, il fattore trainante non sta nella catena di imprese che si scelgono reciprocamente per migliorare la propria qualità sul mercato, ma nel comune vincolo alla realizzazione del programma della collaborazione.

La costruzione di un accordo di collaborazione richiede di mettere in gioco una visione più ampia di quella concentrata sul singolo contratto con il quale si affidano determinate prestazioni, che intraveda i possibili rischi e le potenziali opportunità che stanno (non più solo all'interno del singolo contratto che si vuole affidare, ma anche) *al di fuori* e *nel contorno* di un certo contratto di appalto o di concessione.

Una volta disegnata e disciplinata la rete, ciascun componente della collaborazione visualizzerà il suo contratto e le proprie attività all'interno di uno scenario maggiormente esteso di azioni e di attori.

Secondo le scienze comportamentali, la consapevolezza di essere parte di un gruppo e di condividere responsabilità e prospettive, scoraggerà iniziative non collaborative, che, nella dinamica dei ruoli innescata tramite la collaborazione, spingerebbero all'isolamento chi le assume[42]. Lo studio delle scienze psicologiche,

[41] Sul contratto di rete i contributi dottrinali sono ormai abbastanza numerosi e coprono diverse aree applicative. Interessanti i contributi monografici di C. Garilli, *Contratto di rete e diritto Antitrust*, Torino, 2017; L. Bullo, *Contratti di rete e le nuove frontiere del contratto: modelli giuridici e strutture economiche a confronto*, Padova, 2017; S. Locoratolo, *Il contratto di rete. Struttura e funzione*, Padova, 2015; G. Guzzardi, *Cooperazione imprenditoriale e contratto di rete*, Padova, 2015. Il dibattito avviato con la pubblicazione dell'art. 3 del D.L. n. 5 del 10 febbraio 2009 è ripercorso in maniera critica nella raccolta degli atti del convegno tenuto a Pescara nel 2001 e raccolti in Aa.Vv., *Il contratto di rete: un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2013.

[42] In argomento, sugli aspetti relazionali dei *team* di lavoro, cfr. R.S. Peterson, K. Jackson Behfar, *The dynamic relationship between performance feedback, trust, and conflict in groups: A longitudinal study*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 92, n. 1-2, 2003, 102-112; M. Hoegl, K.Praveen Parboteeah, H.G. Gemuenden, *When teamwork really matters: task innovativeness as a moderator of the teamwork – performance relationship in software development projects*, in *Journal of Engineering and Technology Management*, vol.

ci direbbe che, grazie alla sottoscrizione di un accordo di collaborazione, un atteggiamento proattivo e dialogico è del tutto naturale[43], perché cambia, in sostanza, la percezione della «cosa[44] giusta» da fare.

Con l'accordo collaborativo, dunque, si introducono dei fattori di flessibilità volti ad integrare contratti previamente stipulati, che vengono ad essere coordinati in ragione di eventi futuri ed incerti – che sfuggono dunque ad una puntuale regolamentazione preventiva – e si promuove la ricerca di opportunità che nascano nella sinergia che la collaborazione attiva. La flessibilità – è bene ricordarlo – non riguarda, però, la cogenza del vincolo giuridico che dall'accordo collaborativo deriva, ma le modalità con cui è richiesto ai componenti della collaborazione di adeguarsi alle necessità che sopraggiungono nella fase di esecuzione delle attività a loro affidate, per migliorare, grazie all'apporto proattivo di ciascuno, il risultato finale atteso dal committente.

Ancora più sinteticamente, precisando la nostra definizione, potremmo dire che si tratta di un accordo volto a disciplinare quelle interazioni che, per la presenza di *elementi di fatto* o *di diritto*, si creano tra diversi rapporti giuridici, regolati da fonti autonome, ma reciprocamente interferenti.

Elementi di fatto che creano interferenza possono essere tutti quegli accadimenti imprevisti[45], che, per esempio, alterino le previsioni del cronoprogramma delle attività di competenza di soggetti diversi; in tale caso, il *framework* della collaborazione si occuperà di convogliare le forze e le energie di tutti i componenti dell'alleanza per affrontare l'imprevisto, facendo sì che si ponga in essere ogni sforzo del gruppo per evitare di generare maggiori costi o maggiori tempi. Invece, *elementi di diritto* che creano interferenza tra un rapporto giuridico ed un altro

---

20, n. 4, 2003, 281-302, L.R Yang, C.F. Huang, K.S. Wu, *The association among project manager's leadership style, teamwork and project success*, in International Journal of Project Management, vol. 29, n. 3, 2011, 258-267.

[43] Studi empirici hanno dimostrato quanto sia importante costruire una relazione fiduciaria per affrontare situazioni critiche. Per avere un'idea delle ricerche in argomento si può consultare lo scritto di B. Rothstein, *Social Traps and the Problem of Trust: Theories of Institutional Design*, Cambridge, 2005. Sul punto si può tenere presente l'esemplificazione riproposta da Elinor Ostrom, in E. Ostrom, in *Nobel Lectures*, *Economic Sciences* 2006-2010, Singapore, 2014, che a sua volta richiama il lavoro di A.R. Poteete, M.A. Janssen, E. Ostrom, *Working togheter. Collective Action, the Commons, and Multiples Methods in Practice*, 2010.

[44] Cfr. A. de Oliveira, R. Croson, C. Eckel, *Are Preferences Stable across Domains? An Experimental Investigation of Social Preferences in the Field*, CBEES Working Paper 2008 - 3, Dallas, University of Texas, 53, 2009, spec. 19 ss.

[45] L'accadimento imprevisto è una esternalità negativa particolarmente importante nella fase in cui le imprese valutano le condizioni delle proprie offerte. È stato peraltro evidenziato che il timore di incorrere in qualche forma di responsabilità o quello di essere vittima del *default* di un certo progetto hanno effetti sui costi delle prestazioni. Ci sarebbero cioè dei «costi nascosti» (*hidden costs*) nelle offerte dei professionisti e delle imprese – giustificati dalla necessità di costituire una sorta di serbatoio per imprevisti di vario genere – che verrebbero evitati dalla ragionevole aspettativa che, ove si operi correttamente, non ci saranno contestazioni o contenziosi da affrontare, con risparmio degli annessi *extra* oneri per l'operatore economico. Sul punto, cfr. G. Racca, G. Di Giuda, *From work contracts to collaborative contracts: the Challenge of Legal Bim*, in Aa.Vv., *Joint Public procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, a cura di G.M. Racca, C.R. Yukins, *in corso di pubblicazione.*

sono, per esempio, quelli che si generano quando un contratto qualifica come fatto del terzo, dunque non imputabile alla parte che ne subisce gli effetti, un evento che dipenda dall'azione di un altro soggetto, a sua volta titolare di un diverso rapporto giuridico interferente. La disciplina della rete oggetto dell'accordo collaborativo si occuperà di regolare questa interferenza, costituendo un ambiente favorevole alla creazione di sinergie positive, in vista del condiviso interesse a creare valore realizzando il programma (di interesse pubblico) a cui tutti i componenti della collaborazione concorrono, sebbene a titolo diverso.

Da quanto anticipato emerge già che lo schema logico dell'accordo collaborativo non è propriamente quello del contratto per come inteso dal nostro Codice Civile, perché non ha necessariamente un contenuto patrimoniale. Infatti, secondo quando si è detto, visto che l'accordo collaborativo è un accordo multilaterale che ha per oggetto la costruzione di un contesto relazionale regolato e trasparente, all'interno del quale confluiscono, con rispettivi ruoli, competenze e obblighi, tutti i soggetti la cui attività sia utile per traguardare con successo un determinato programma di interesse pubblico, esso può essere solo una intesa di procedura, senza che vi siano dedotte delle prestazioni suscettibili di valutazione economica[46].

Ne segue, ad ulteriore specificazione di quanto precede, che gli accordi collaborativi possono essere definiti come quegli accordi, non necessariamente aventi contenuto patrimoniale, volti a disciplinare le relazioni di rete, ossia quelle interazioni che, per la presenza di elementi di fatto o di diritto, si creano tra diversi rapporti giuridici, regolati da fonti autonome, ma reciprocamente interferenti.

L'oggetto dell'accordo collaborativo è, allora, la trama delle relazioni che intercorrono tra due o più contratti e tra le loro parti, per dotare tutto il sistema, ricostruito appunto in base ai legami della rete, di regole di azione che normino l'area intera di influenza tra più contratti e tra più parti contraenti.

Coerentemente con il suo oggetto, l'accordo collaborativo è costruito come un regolamento di secondo livello, che presuppone l'esistenza di altri contratti e di ambiti vari di sovrapposizione i quali, se non sono regolati nella prospettiva di un'azione sinergica verso uno scopo comune, producono interferenze negative, capaci di ostacolare l'attività dei contratti inseriti nel medesimo recinto. In altri termini, l'accordo collaborativo consente di dotarsi di una disciplina che, attraverso la collaborazione, permette un continuo adattamento al moto dei fattori esterni ai singoli contratti, non pre-definibili a priori, basata sull'assunzione dell'impegno dei componenti della collaborazione ad agire proattivamente, prima di rivendicare indennizzi o risarcimenti vari.

La causa dell'accordo collaborativo è la regolamentazione in chiave collaborativa degli elementi esterni ad uno o più rapporti giuridici che le parti intendono

[46] Sulla patrimonialità del contratto, si veda per tutti V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2011, 4 ss.

coordinare con l'obiettivo di far convergere le azioni di ciascuno verso uno scopo comune e preventivamente condiviso, contrapponendo alla logica antagonista, fondata sulla responsabilità individuale, la logica dell'azione comunitaria, appoggiata sulla corresponsabilità nel raggiungimento di finalità condivise.

Si tratta evidentemente, come si è anticipato, di una causa lecita secondo l'ordinamento giuridico e pure meritevole di tutela, con interessanti applicazioni proprio nel campo dei contratti pubblici. Infatti, in quel settore, regolare gli impatti degli elementi esogeni rispetto ad un determinato contratto, sottoscritto in seguito ad una procedura di evidenza pubblica, che potrebbero alterarne l'equilibrio economico o anche modificare l'oggetto dell'affidamento, permette, in linea generale, di evitare che il contraente privato invochi fatti a lui non imputabili per richiedere extra costi o maggiori tempi, in proprio favore e a discapito della tempistica delle attività previste dall'amministrazione e dell'impegno di spesa da quest'ultima assunto. Come si è anticipato, centrare l'interesse di ciascun soggetto, pubblico o privato (non solo sul proprio ruolo e sulle proprie responsabilità, ma) sulla dimensione condivisa e necessariamente comune dell'obiettivo sostanziale, di interesse pubblico, a cui l'intera alleanza punta, modificherebbe radicalmente, almeno in teoria e a fronte di un ingaggio sincero e trasparente di tutti, l'atteggiamento resistente e conflittuale che sta danneggiando, più di tutto, il settore, a beneficio di interessi generali protetti dall'ordinamento.

Quanto alla forma degli accordi collaborativi sottoscritti con l'amministrazione è necessario che si dia applicazione alle norme contenute nel D.Lgs. n. 50/2016, che richiedono che il contratto sia stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico o comunque con modalità elettronica. Se è vero, infatti, che la previsione riguarda con certezza i contratti stipulati ai sensi del Codice dei Contratti Pubblici – quindi per i contratti (tipici) di appalto e concessione – e dunque non se ne può invocare una diretta applicazione per il caso degli accordi collaborativi, parrebbe coerente mantenere la medesima forma almeno quando tali accordi accedano ad un contratto di appalto o di concessione sottoscritto secondo la disciplina codicistica. Varrebbe, infatti, per gli accordi collaborativi, la medesima ragione logica che supporta le speciali regole di forma dei contratti pubblici di appalto e di concessione.

Evidenziati i benefici della collaborazione, si ritiene necessario terminare il paragrafo prevenendo una possibile obiezione: si darà che l'esperienza inglese non può essere *sic et simpliciter* trapiantata in Italia, che il Codice dei Contratti Pubblici non prevede l'istituto di cui ci stiamo occupando e che fintanto che la normativa di settore non richiama la possibilità per i committenti pubblici di far ricorso a tale schema contrattuale, questa facoltà è preclusa. A noi pare che tali obiezioni non coglierebbero nel segno, in quanto, anzitutto, il quadro delle regole sovranazionali in tema di appalti e concessioni, a cui si è data applicazione

nel Regno Unito, così come in Italia, attraverso una disciplina nazionale di recepimento, è il medesimo. Il fatto che il Codice dei Contratti Pubblici non faccia espressa menzione degli accordi collaborativi non significa che ad essi non possa farsi ricorso nel nostro ordinamento giuridico. Nemmeno le *regulations* inglesi ne richiamano l'utilizzo, eppure la prassi ammette lo strumento e lo apprezza. Del resto, è fisiologico che la normativa europea e quella nazionale non si occupino degli accordi collaborativi, perché esse hanno, principalmente, un diverso oggetto, che consiste nella disciplina della fase di affidamento dei contratti di appalto e di concessione, con poche previsioni dedicate alla fase esecutiva.

In più, anche a voler confrontare le norme del D.Lgs, n. 50/2016 con la *ratio* e le potenzialità degli accordi collaborativi, non appare corretto avallare diverse conclusioni. Infatti, l'accordo collaborativo, se costruito per affiancare un contratto di appalto o di concessione, può avere due configurazioni che sono compatibili, in entrambi i casi, con il Codice dei Contratti Pubblici. Nel primo scenario, ove si utilizzi l'accordo collaborativo per affidare un accordo quadro ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. n. 50/2016, il Codice sarebbe rispettato in quanto la legge definisce le regole di affidamento e di durata, che naturalmente dovranno essere rispettate e richiamate anche nell'ambito dell'accordo collaborativo, ma non fornisce un modello tipo di accordo quadro; pertanto, l'accordo collaborativo potrebbe essere uno dei tanti modi (liberi per legge) con i quali le stazioni appaltanti articolano la regolamentazione dell'accordo (quadro) oggetto dell'affidamento. Nel secondo, ove l'accordo collaborativo sia utilizzato per coordinare l'attività e le interferenze tra diversi contratti, esso si porrebbe in una fase «a valle» degli affidamenti avvenuti ai sensi del Codice, disciplinando un aspetto che il Codice non tratta, ossia la collaborazione tra diversi contraenti in vista di una più efficace *performance* dell'intero gruppo delle professionalità coinvolte, a diverso titolo, nel successo o nell'insuccesso di una certa iniziativa.

Pertanto, chi volesse rinvenire un ostacolo all'utilizzo degli accordi collaborativi nella mancata menzione nel Codice dei Contratti Pubblici commetterebbe un errore di prospettiva.

4. *La base legale per la promozione degli accordi collaborativi nel settore pubblico*

Quale è allora la base legale che consente all'amministrazione di promuovere un accordo collaborativo, rendendolo parte della documentazione di gara al pari dello schema del contratto di appalto o di concessione, del capitolato generale e speciale e di eventuali protocolli che l'amministrazione intenda imporre al proprio contraente?

Questa è, a nostro avviso, la capacità d'agire[47] generale dei soggetti pub-

[47] In linea generale, per capacità d'agire s'intende la capacità di disporre dei propri diritti e di assumere impegni mediante manifestazioni di volontà. In senso descrittivo: P. Rescigno, *Capacità di agire (voce),* in *Dig. disc. Priv*. (sez. civ.), II, Torino, 1988, 216. Le attività dei soggetti pubblici possono essere espletate, pacificamente, o secondo il diritto amministrativo o secondo il diritto privato. La duplicità degli schemi di azione è data per assodata in dottrina. Alcuni studiosi hanno finanche ritenuto che si debba riconoscere una doppia capacità degli enti pubblici: l'una di diritto pubblico e l'altra di diritto privato. «La prima è la potestà sovrana o potestà di imperio che l'ente pubblico può esercitare sulle cose e nei confronti delle persone, il suo potere di emanare atti autoritativi (gli atti amministrativi), vincolanti per il loro destinatario anche contro la loro volontà. La seconda è, invece, l'attitudine riconosciuta all'ente pubblico di essere titolare di diritti e di doveri (capacità giuridica) e di compiere atti giuridici (capacità di agire) allo stesso modo dei privati», F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Milano, 2010, 299. La teorica della doppia personalità, che ha prodotto, come è noto, la già ricordata distinzione tra atti di imperio e atti di gestione, secondo l'impostazione che fu di O. Ranelletti, *Per la distinzione degli atti di imperio e degli atti di gestione*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, I, 703 ss., (alla quale distinzione è seguita poi la ben nota separazione tra potere giurisdizionale del giudice ordinario, sull'*attività*, e potere giurisdizionale del giudice amministrativo, sull'*atto*), è stata progressivamente superata. Già Santi Romano, negli scritti per il Trattato Orlando, con riferimento all'ente pubblico Comune, chiariva che «Il Comune non si distingue più in due enti (uno dedicato ai rapporti privatistici e l'altro all'azione autoritativa, n.d.r), ma è ormai un ente solo, che è regolato, a seconda dei casi, dal diritto pubblico e dal diritto privato. (…) In modo che, da tale punto di vista e per evitare facili equivoci, sembra che, non solo debba non parlarsi del Comune come di due distinte persone, ma che sia bene non contrapporre nemmeno la sua personalità pubblica e quella privata, affermando invece che esso possiede una personalità unica, sia pure svolgentesi in campi diversi», Gli scritti, pubblicati nel Trattato Orlando del 1908, sono ora raccolti nel volume: S. Romano, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2005, 510. La dottrina amministrativista successiva agli studi ranellettiani e di Santi Romano e, in particolare, il Miele, ha proseguito nell'elaborare l'idea del superamento della duplicità della persona giuridica pubblica: «La personalità è unica, e non è né di diritto pubblico né di diritto privato, giacché essere persona significa essere destinatari di norme giuridiche, titolari dei diritti ed obblighi che da queste, immediatamente o mediatamente, derivano», E. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, I, 1953, 8. Esiste cioè un ambito, trasversale, del diritto che investe e presuppone l'azione di qualsiasi istituzione, pubblica o privata, e contraddistingue, nell'esatta maniera, tutte le persone giuridiche, pubbliche o private che siano.

Invero, studi dedicati specificamente alla capacità giuridica e di agire delle persone giuridiche pubbliche non sono, in verità, numerosi, Sulla capacità di diritto privato degli enti pubblici, ripercorre le tesi precedenti all'entrata in vigore del codice civile del 1942 lo studio di F. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione: capacità e legittimazione a contrarre,* Firenze, 1937. Riassuntivamente anche F.P. Pugliese, *Contratto – sub Contratti della pubblica amministrazione,* ad vocem, in *Enc. giur*., Roma, 1988. Contributi importanti, e citati pressoché in tutti gli scritti sul tema, quelli di M. Cantucci, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941; E. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 35 ss. Sono ben noti a riguardo gli studi di A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato,* in *Arch. dir. pubbl*., 1938, 445 ss., grazie ai quali prese piede la bipartizione tra attività amministrativa di diritto privato e attività di diritto privato dell'amministrazione, giustificata sul presupposto che, nell'attività di diritto privato dell'amministrazione, venisse a mancare una diretta finalità pubblica, rimanendo la stessa «puramente accessoria rispetto al raggiungimento delle finalità costitutive delle pubbliche amministrazioni», A. Amorth, ult. cit., 465.

La tesi che attribuisce alle persone giuridiche pubbliche una capacità generale, con le stesse caratteristiche riconosciute alle persone giuridiche private, ha prevalso in dottrina per buona parte del secolo scorso, pur non essendo ora condivisa unanimemente. Le argomentazioni che hanno sorretto la conclusione appena riferita sono molteplici, ma possono essere tutte raggruppate attorno all'idea dell'unicità del concetto di persona giuridica e, difatti, sono state rafforzate con l'adozione del codice civile del 1942 che non distingue, individuando categorie concettuali separate, persone giuridiche private e persone giuridiche pubbliche. Particolarmente suggestive, in argomento, le tesi di G. Pericu, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966 e di G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986. Diversa dalle tesi di Pericu e di Greco, l'impostazione di Marzuoli, secondo cui se «nell'ordinamento vigente la regola fondamentale che organizza ed esprime il nesso fra popolo e amministrazione è data dalla soggezione dell'amministrazione alla legge ed agli organi politici ed essa determina, da un lato, la ragione della

blici[48] che, si ricorda, è riconosciuta espressamente dall'art. 11 del codice civile, secondo cui «Le Province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche pubbliche godono dei diritti secondo le leggi e li usi osservati come diritto pubblico».

Si tratta della stessa capacità d'agire che permette alle amministrazioni di stipulare, per esempio, un contratto di locazione, o di accettare una donazione, pur in assenza di norme espressamente legittimanti.

Il richiamo alle leggi e agli usi osservati come diritto pubblico ci permette di precisare, anche da questa prospettiva, che attraverso gli accordi collaborativi i committenti pubblici certo non potranno introdurre deroghe alla normativa in tema di contratti pubblici[49] e nemmeno ai principi dell'azione pubblica per con-

---

pubblicità e, dall'altro, la posizione del soggetto amministrazione» , è allora il diverso atteggiamento del rapporto con la legge che distingue persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private, C. Marzuoli, *Principio di legalità è attività di diritto privato*, Milano, 1982, 118.

Parte della dottrina va ritenendo che la persona giuridica pubblica sia solo una delle possibili forme che il perseguimento organizzato di pubblici interessi può oggi assumere: F. Galgano, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 278 ss.

Sul tema della personalità giuridica dello Stato cfr., C. Marzuoli, ult. cit.; G. Berti, *La parabola dello Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 1983/83, Tomo II, 1001, ss.; U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990; S. Cassese, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contr. imp.,* 1993, 1 ss.; G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»*?, in *Dir. amm.*, 2003, 801.

Più di recente, in argomento, M. Chiti, *Monismo o dualisto in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 301 ss., F. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, 431 ss.; R. Ferrara, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?,* in *Dir. amm.*, 1997, 2225 ss..

[48] Si è in diverse occasioni ricordato che l'intenzione del legislatore, resa più chiara dalla Relazione di accompagnamento, sarebbe stata quella di riconoscere alle persone giuridiche, in generale, una capacità piena di utilizzo delle norme contenute nel codice civile, in modo che quelle private e quelle pubbliche potessero compiere tutti gli atti e i negozi ammessi dall'ordinamento (ad eccezione dei negozi aventi per presupposto l'esistenza di una persona fisica) e fatta salva la presenza di previsioni derogatorie, contenute in leggi e usi di diritto pubblico. Cfr. Aa.Vv., *Commentario al codice civile*, a cura di F. Santosuosso, Torino, 1983, 181. La relazione di accompagnamento infatti, sebbene richiamando principi di diritto pubblico per temperare il regime codicistico, ha affermato testualmente che «le disposizioni (del libro primo, n.d.r.), per quanto dettate per le persone giuridiche private, saranno di grande utilità, anche per la forza espansiva di cui esse sono suscettibili, in via di interpretazione analogica, nei riguardi della disciplina delle persone giuridiche pubbliche, tenuto conto che la distinzione tra le due categorie di enti, se facilmente delineabile in linea teorica, nella pratica appare spesso incerta e non sempre di notevole rilevanza». Punto 41, *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, a cura di Consiglio Nazionale Forense, con introduzione di G.B. Ferri, N. Rondinone, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2010. Il riferimento agli usi ed ai principi del diritto pubblico è valso a mantenere il collegamento del codice civile con il regime fascista, il quale procedeva ad intridere di elementi di diritto pubblico anche il diritto privato. In dottrina, espressione di questa tendenza, M. D'Amelio, *Diritto privato e diritto pubblico nel primo libro del Codice civile*, in *Scritti giuridici in onere di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. IV, 3 ss.

[49] Infatti, la dottrina più recente ha osservato che: «La *ratio* e la lettera di tale previsione sono evidentemente nel senso di negare che le persone giuridiche pubbliche possono essere assoggettate *tout court* – cioè *solo in quanto persone giuridiche* – al medesimo regime giuridico ed ai medesimi principi dettati dal codice civile per le persone giuridiche private», G. Gruner, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in http://www.giustamm.it/private/new_2011/ART_4152.htm., 17. Anche F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 78, che ha parlato di «non piena applicabilità delle norme del codice civile» come effetto

tratto (per esempio a indicazioni contenute in linee guida vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione), che anzi costituiranno un limite invalicabile per la disciplina della collaborazione.

Il richiamo ora contenuto anche nell'art. 1 comma 1 *bis* della legge sul procedimento amministrativo, n. 241 del 1990, secondo cui «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» rafforza le conclusioni a cui siamo giunti ritenendo che l'amministrazione possa dare corso ad accordi collaborativi pur in assenza di una previsione contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici, perché afferma la regola della ammissibilità dell'azione amministrativa basata sui canoni civilistici salvo che non vi sia una previsione contraria e direttamente ostativa[50].

---

della pubblicità di taluni enti. Anche V. Cerulli irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., 1 ss., secondo cui l'art. 11 implicherebbe che alle amministrazioni pubbliche non si applichi la disciplina del codice civile, ma appunto la disciplina di diritto pubblico, che raggruppa «le leggi e gli usi» appartenenti a tale diversa branca dell'ordinamento. Con un orientamento in parte differente da quello degli autori citati per primi, F. Galgano, *Commento all'art. 11*, in *Commentario al Codice civile*, A. Scaloja, G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2006, 121 ss., secondo cui «La disciplina degli enti pubblici è (…) solo una disciplina di specie, dalla quale non sono ricavabili principi comuni all'intera categoria. La disciplina di genere non potrà, pertanto, essere ricercata altrove che nel codice civile», 137. Lo studioso ritiene, in sintesi, che l'art. 11 affermi, da un lato, la sottrazione degli enti pubblici al diritto comune, là dove vi sia una disciplina di specie, e dall'altro, la loro piena soggezione ad esso, là dove una disciplina speciale non vi sia. Si veda anche Id., *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, cit., 284 ss.

[50] Parte della dottrina ha sostenuto che la norma abbia introdotto una generale *potestas contraendi* della pubblica amministrazione, sovvertendo l'impostazione che fu propria, da Cammeo in poi, della tradizione giuspubblicista, secondo la quale, nella incertezza, si doveva applicare il diritto pubblico, riassunta in F. Cammeo, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. Contratti di diritto pubblico*, in *Giur. It.,* 1900, IV, 7 ss.). In questo senso, molto efficacemente, G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in Aa.Vv., *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 20006, spec. 81 ss., secondo cui il comma in commento «è idoneo a fugare ogni dubbio sulla capacità generale della pubblica amministrazione, che definirei di diritto comune», 82; F. Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione,* Napoli, 2010. Dall'entrata in vigore della norma la dottrina ha tentato di definirne il campo di applicazione e gli effetti, aprendo posizioni tra loro molto contrastanti. Dato lo scarso spazio che può dedicarsi al tema in questa sede si richiamano qui brevemente i termini delle questioni principali: a) che cosa debba intendersi per atto di natura autoritativa e, quindi, per atti di natura non autoritativa; b) in che termini debba essere colta la portata innovativa della norma in questione. Sul primo aspetto, la dottrina è divisa tra: a) chi individua l'autoritatività come la capacità di un atto di produrre effetti sfavorevoli per i destinatari; b) chi sostiene che debbano invece ricomprendersi anche gli atti con effetti favorevoli, ma caratterizzati dall'unilateralità e c) chi, infine, ritiene che debbano intendersi per provvedimenti autoritativi anche quelli non imperativi ma ad essi assimilati perché sottoposti al regime di sindacabilità davanti al giudice amministrativo. Sul secondo aspetto, taluni autori sostengono che la norma in questione abbia affermato che la disciplina dell'attività amministrativa debba soggiacere, di regola, al diritto privato, e solo in via residuale al diritto pubblico. Tesi, quest'ultima, contrastata dai più, che si soffermano sulla specificazione «salvo che la legge disponga altrimenti», per osservare che il diritto pubblico resta il riferimento guida per l'azione dell'amministrazione, precisando altresì che il presupposto per l'utilizzo del diritto privato deve restare la perfetta equivalenza dei risultati che si sarebbero ottenuti ricorrendo all'esercizio del potere autoritativo. Per un commento critico degli orientamenti in merito si rinvia all'opera di R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit.

Anche la previsione dell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo potrebbe essere invocata, al di dentro ed al di fuori di una procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione di un contatto pubblico, per procedere con la stesura di un accordo collaborativo. Infatti, posto che, disciplinando la collaborazione, l'amministrazione procede, come componente dell'alleanza, ad esercitare le proprie funzioni di interesse pubblico, varrebbe, a ben vedere, la medesima regola che vale per gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento, con riferimento ai quali è ammessa la sottoscrizione di accordi nei quali venga disciplinata l'azione amministrativa.

Sotto questo profilo, gli accordi di collaborazione, contenendo una regolamentazione, ulteriore a quella dei contratti che vengono coordinati, volta a far convergere gli sforzi di tutti i componenti verso gli obiettivi di interesse pubblico che l'amministrazione avrà individuato preliminarmente alla conclusione dell'accordo di collaborazione, sono persino meno invasivi nell'esercizio del potere pubblico degli accordi sostitutivi o integrativi di provvedimento, che incidono sulla configurazione del potere amministrativo discrezionale. Nel nostro caso, infatti, l'accordo non riduce il potere discrezionale, anzi, lo valorizza, rendendo rilevanti, anche per gli operatori economici, i motivi di interesse pubblico che spingono l'amministrazione ad agire. In pratica, attraverso l'accordo di collaborazione, divengono rilevanti, nel diritto privato e anche per l'operatore economico contraente, i motivi soggettivi (proprio nel senso delle motivazioni) che guidano l'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico del caso concreto. Motivi che vengono condivisi da tutti i componenti della collaborazione e assumono la funzione essenziale di dirigere l'azione di ciascuno e guidarla verso il risultato atteso. Si verifica così una torsione dall'oggetto del singolo contratto agli obiettivi strategici del programma, che riesce a coinvolgere ogni protagonista dell'iniziativa di interesse pubblico raccolta nella rete: i motivi estrinseci rispetto all'operazione negoziale convogliata in ciascuno dei contratti acquistano rilevanza giuridica per tutti i contraenti[51].

Quando poi l'accordo di collaborazione dovesse riguardare solo soggetti pubblici, oltre all'art. 11 del codice civile, verrà in rilievo anche l'art. 15 della legge sul procedimento amministrativo, L. n. 241/1990. È interessante rileggere il comma 1 dell'art. 15 alla luce delle osservazioni che precedono: «Le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune». Possiamo notare che la norma appena citata è già una forma embrionale di accordo collaborativo, con ambito soggettivo ridotto alle amministrazioni pubbliche: infatti, gli accordi *ex* art. 15, che non hanno necessariamente contributo patrimoniale, sono diretti

[51] Sulla (scarsa) rilevanza dei motivi nel diritto privato, basti consultare P. Trimarchi, *Diritto privato*, op. cit., 193 ss.

a disciplinare la collaborazione in vista di attività di interesse pubblico e comune da parte di più soggetti pubblici.

Non vi è dubbio, dunque, che gli accordi collaborativi siano ammissibili anche quando la rete che si voglia disciplinare è interamente costituita da enti pubblici.

Verificata dunque la possibilità giuridica di stipulare accordi di collaborazione ed evidenziati i vantaggi che essi possono comportare, il punto critico è, a nostro avviso, non il motivarne l'utilizzo, ma, al contrario, giustificarne il mancato utilizzo.

Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici

Il saggio approfondisce l'applicazione degli schemi dialogici nel mondo della contrattualistica, in generale, e della contrattualistica pubblica, in particolare. La prospettiva è quella dell'analisi giuridica e il metodo è quello della trasversalità.
Il lavoro rilegge la relazione contrattuale tra committente pubblico ed operatori economici prospettando un cambio di ambientazione giuridica: da modelli tipicamente *adversarial* a schemi cooperativi. L'approdo è quello degli accordi collaborativi, intesi come disciplina di rete per organizzare rapporti multilaterali tra parti di diversi contratti, con l'obiettivo di mirare alla creazione di valore pubblico aggiunto attraverso una ampia alleanza che affronti criticità e sappia cogliere opportunità impreviste. La base giuridica di questa nuova *species* è individuata tra il codice civile e la legge sul procedimento amministrativo.

Collaborative agreements in the public sector: from antagonistic schemes to dialogic models

The essay explores the application of dialogic schemes in the world of contracts, in general, and public contracts, in particular. The perspective is that of legal analysis and the method is that of transversality.
The work rereads the contractual relationship between the public client and economic operators, envisaging a change in the legal environment: from typically adversarial models to cooperative schemes. The landing is that of collaborative agreements, intended as a network discipline to organise multilateral relations between parts of different contracts, with a view to the creation of public added value through a broad alliance that deals with critical issues and knows how to seize unexpected opportunities. The legal basis of this new species is identified between the civil code and the law on the administrative procedure.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 279-303

Articoli e saggi

Funzione politica del bilancio e tutela dell'interesse finanziario tra tecnica e diritto

Walter Giulietti

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il bilancio e le politiche pubbliche. – 3. Il bilancio pubblico tra tecnica e politica. – 4. I vincoli procedurali e formali al bilancio. – 4.1. Le procedure di approvazione. – 4.2. Gli aspetti strutturali. – 4.3. La funzione di validazione e revisione. – 5. I vincoli che incidono sul contenuto della decisione di bilancio. – 5.1. La programmazione finanziaria. – 5.2. I limiti all'indebitamento ed al debito. – 6. Equilibrio di bilancio a tutela dell'interesse finanziario e protezione degli interessi. – 7. La sostenibilità finanziaria delle politiche è questione formalmente tecnica, ma essenzialmente democratica.

1. *Premessa*

Il presente saggio mira ad esaminare il complesso rapporto tra tecnica e politica che caratterizza gli atti di bilancio negli enti pubblici territoriali, ricostruendo, a partire dall'esame di alcune regole giuridiche a contenuto tecnico esemplificativamente assunte ad oggetto di analisi, la loro strumentalità rispetto alla funzione politica. Ciò, al fine di dimostrare come la peculiare costruzione della regola tecnica contabile sia suscettibile di conferire un'impronta politica alla decisione finanziaria, essendo il contenuto della stessa regola risultato di opzioni politiche che contribuiscono a caratterizzare la fisionomia dell'ente pubblico ed il suo rapporto con i cittadini. Nel far ciò, saranno analizzate, a titolo esemplificativo e senza pretesa di esaustività, alcune norme inerenti al procedimento di formazione, alla forma, alla struttura e finanche ai contenuti delle decisioni di bilancio.

L'analisi permetterà di osservare come la modifica o la diversa modulazione delle regole che fungono da cornice alle decisioni finanziarie, lungi dall'essere aspetto neutrale, costituisca questione essenzialmente politica suscettibile di incidere sulla protezione degli interessi a cui l'attività dell'ente è diretta.

2. *Il bilancio e le politiche pubbliche*

Le politiche pubbliche, intese quali azioni dirette a risolvere problemi e soddisfare interessi che coinvolgono una società amministrata[1], trovano la loro primaria formulazione nelle leggi. Sono le leggi che, dando corpo ai valori costituzionali, le definiscono, le finanziano e ove necessario predispongono ed organizzano gli apparati che ne curano l'attuazione. La decisione è politica non solo in merito all'istituzione ed alla determinazione dei caratteri dell'azione pubblica diretta a consentire l'erogazione di una prestazione – funzione o servizio –, ma anche relativamente al suo finanziamento, con particolare riguardo alla determinazione della ripartizione dei costi in capo ai diversi segmenti della società.

Così, sia ove una politica pubblica comporti l'impiego diretto di risorse per trasferimenti a cittadini o imprese, sia laddove si attui attraverso l'attività degli apparati per l'erogazione di una funzione o di un servizio, essa non può prescindere dalla considerazione della dimensione finanziaria che, non solo ne costituisce il necessario sostrato, ma con sicurezza può esserne considerata l'"aspetto quantitativo".

Come prescritto dall'art. 81, comma 3, Cost., recante la regola della copertura finanziaria che assurge nell'ordinamento a principio generale, la correlazione tra le misure pubbliche e la ricerca delle risorse necessarie alla loro attuazione deve essere necessariamente definita in sede istitutiva per i singoli interventi legislativi comportanti oneri. In questo quadro, il bilancio preventivo, operando la definizione globale per l'esercizio finanziario delle politiche di entrata e di spesa, costituisce lo snodo fondamentale del processo di definizione – o ridefinizione –, attuazione e verifica delle singole politiche pubbliche[2] e di conseguenza dell'azione amministrativa che ne è lo strumento[3].

Nella decisione di bilancio, che ha una indubbia – *melius*, massima – valenza politica, sono infatti rese «esplicite le scelte pubbliche relative alle transazioni finanziarie delle diverse realtà statali o amministrative»[4]. Il bilancio di previsione ha così carattere «conoscitivo e determinativo dell'indirizzo politico», adducendo

[1] R.A. Musgrave, *The theory of public finance*, New York, 1959, definisce le politiche pubbliche reti di decisioni e azioni che allocano valori ovvero *output* del sistema politico, azioni e strategie volte a risolvere un problema collettivo. Secondo l'A. le politiche pubbliche sono ricondotte a tre grandi categorie: allocazione efficiente delle risorse e stabilizzazione economica; politiche di redistribuzione attraverso il trasferimento tra gruppi di beni di merito; regolazione nei casi di fallimento del mercato. Qualsiasi politica pubblica utilizza strumenti e produce effetti di varia natura, per cui la distinzione non è necessariamente ferrea.

[2] A. Brancasi, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, 153 ss..

[3] L'attività amministrazione per definizione – anche legislativa *ex* art. 1 l. 241 del 1990 – è diretta a curare gli interessi pubblici ed a perseguire i fini previsti dalla legge. V. F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2002, agg. VI, 94 ss.. Ne consegue che l'attività amministrativa, dovendo perseguire i fini fissati dalla legge, costituisce attività attuativa di quelle politiche pubbliche che richiedono l'intermediazione di apparati organizzati.

[4] G. Vegas, *Il bilancio pubblico*, Bologna, 2014, 85.

in sé «la composizione di interessi che ad esso si ricollegano sia di carattere costituzionale che funzionale»[5].

Tuttavia, se il bilancio preventivo opera, sulla base della presupposta programmazione finanziaria[6], la trascrizione del programma politico in termini di equilibrio finanziario tra entrate e spese complessive diretto a determinare l'indirizzo politico-amministrativo dell'ente[7], non può passare in secondo piano la concorrente e complessa componente tecnica-giuridica che lo caratterizza.

La decisione di bilancio in sede preventiva costituisce in definitiva per l'ente pubblico il più significativo momento di sintesi tra istanze politiche – costitutive, modificative o riduttive di politiche pubbliche –, e regole tecniche. Alle norme giuridiche, intese sia in senso procedurale, sia in senso sostanziale, è affidato il compito di assicurare la predetta sintesi, salvaguardando innanzi tutto due aspetti che devono essere considerati precondizioni affinché il bilancio possa svolgere la propria funzione: la veridicità dei contenuti, nonché la correttezza e la intelligibilità della sua redazione.

Anche il bilancio consuntivo deve garantire le predette condizioni per svolgere il suo ruolo politico-istituzionale. Ancorché, a differenza del bilancio preventivo, sia atto meramente ricognitivo della gestione svolta nell'esercizio finanziario di riferimento e pertanto sia privo di contenuto decisorio, il rendiconto svolge una funzione parimenti essenziale in un ordinamento democratico. Esso consente all'organo assembleare rappresentativo e più ampiamente alla collettività di riferimento, non solo l'accertamento e la valutazione della regolarità giuridico-contabile della gestione[8], ma anche la verifica del conseguimento degli obiettivi e dei risultati definiti in sede di elaborazione delle politiche pubbliche. Il bilancio consuntivo è, allo scopo, sottoposto all'approvazione dello stesso organo che ha già approvato il preventivo e la sua redazione è soggetta a stringenti regole poste

---

[5] A. Barettoni Arleri, *Lezioni di contabilità pubblica*, Roma, 1986, 163.

[6] Il Tar Lazio, Roma, sez. I, 16 febbraio 2010, n. 2255 ha espressamente dichiarato che il D.P.E.F. (oggi sostituito dal DEF) è atto di natura politica di programmazione e determinazione dell'indirizzo politico in materia economico-finanziaria, adottato dal Governo, osservando che «lo stesso reca indicazioni di contenuto programmatico inidonee ad esplicare, all'evidenza, immediati effetti in relazione a posizioni giuridiche soggettive tutelabili e non assume, tantomeno, effetti provvedimentali, non inserendosi né sotto il profilo formale né sotto quello sostanziale nell'ambito generale degli atti amministrativi, con la conseguenza che va declinata con riferimento allo stesso la giurisdizione del giudice amministrativo, potendosi siffatta sindacabilità radicare solo con riferimento a sviluppi di azione amministrativa di natura provvedimentale».

[7] S. Buscema, *Bilancio dello Stato*, in *Enc. dir*., vol. V, Milano, 1959, 387.

[8] Che peraltro si svolge alla stregua di rigorose procedure e controlli. A. Barettoni Arleri, *Disciplina civilistica e disciplina contabile nell'adempimento volontario dell'obbligazione pecuniaria dello Stato*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1985, 783. V. in tema, L. Mercati, *Attività amministrativa e procedimento contabile*, Milano, 1996, 132, che evidenzia una vocazione funzionale del procedimento contabile in termini di garanzia della legalità della spesa e di realizzazione della sua efficienza, oltre a costituire lo strumento diretto alla concretizzazione delle previsioni di bilancio. W. Giulietti, *Disciplina contabile e obbligazioni pecuniarie della pubblica amministrazione. I debiti fuori bilancio,* in *Dir. ec.*, 2016, 347 ss..

a garanzia della completezza, della veridicità e della chiarezza del contenuto per assicurare una fedele rappresentazione dei fatti di gestione.

Sulla portata conoscitiva del consuntivo è significativa la giurisprudenza penale[9] che ravvisa la possibilità di contestarne la falsificazione sia in senso materiale, che ideologico[10]. Si argomenta, infatti, che il rendiconto in un ente territoriale – nella specie il comune – oltre a promanare dall'organo consigliare, ha valenza esterna diretta a illustrare «non il mero risultato economico dell'ente nell'anno precedente, ma anche gli scopi amministrativi e politici perseguiti dall'amministrazione».

Sulla base della medesima ricostruzione, la Corte costituzionale ha osservato, con argomento di portata generale pur riferendosi all'ordinamento contabile regionale, che «il principio di continuità del bilancio è una specificazione del più ampio principio dell'equilibrio tendenziale contenuto nell'art. 81 cost., in quanto "collega gli esercizi sopravvenienti nel tempo in modo ordinato e concatenato" (*ex plurimis*, sentenza n. 181 del 2015), consentendo di inquadrare in modo strutturale e pluriennale la stabilità dei bilanci preventivi e successivi». Alla ciclicità e continuità tra determinazione iniziale del bilancio e rendicontazione finale consegue la possibilità di valutare la credibilità della definizione e dell'attuazione del programma politico che ha raccolto il consenso elettorale maggioritario[11].

Ne consegue che la rilevanza politica dei bilanci degli enti territoriali unitariamente considerati ai sensi dell'art. 81 Cost. – preventivo e consuntivo – deriva dall'essere questi, pur secondo le diverse funzioni e specificità, componenti fondamentali del circuito democratico in termini di "misura" della responsabilità politica, ottenuta mediante la «specificazione delle procedure e dei progetti in cui prende corpo l'attuazione del programma che ha concorso a far ottenere l'investitura democratica e le modalità di rendicontazione di quanto realizzato»[12].

Sulla base di questa considerazione la Corte costituzionale ha definito il bilancio, sia nella funzione di determinazione quantitativa delle politiche pubbliche in sede preventiva, sia di verifica della gestione in sede di rendiconto finale, «bene pubblico», funzionale «a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale in ordine all'acquisizione sia delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chia-

[9] Cass. pen., sez. V, 19 maggio 2017, n. 24878.

[10] Cass. pen., sez. V, 26 settembre 1995, n. 2091.

[11] Corte cost., 7 marzo 2018, n. 49, in cui si afferma che «in presenza di reiterati e gravi ritardi nell'espletamento di funzioni primarie da parte dell'ente territoriale, l'ordinamento consente anche provvedimenti sostitutivi come, ad esempio, la predisposizione del rendiconto, sulla base del potere contemplato dall'art. 120, secondo comma, Cost. risalenti e da quelle attualmente vigenti [come di seguito analiticamente indicate]», chiarendo che «il superamento del termine di legge, tuttavia, non consuma il potere-dovere dell'amministrazione regionale di provvedere a un adempimento indefettibile quale l'approvazione del rendiconto».

[12] Corte cost., 21 giugno 2016, n. 184.

mato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato»[13], tanto che nella politica delle entrate e delle spese espressa nel bilancio «si può "leggere" la traduzione normativa del patto sociale che lega tra loro governanti e governati»[14].

3. *Il bilancio pubblico tra tecnica e politica*

Se per quanto osservato non v'è dubbio sulla natura di atto politico del bilancio preventivo in quanto sede decisionale delle politiche pubbliche, è altresì evidente, come già premesso, che la sua formazione, la forma ed il contenuto siano astretti da regole giuridiche a cui è ascrivibile una rilevantissima componente tecnica. Si deve anzi considerare che la centrale funzione politica può essere efficacemente svolta proprio perché regole di carattere tecnico-giuridico assicurano veridicità, credibilità ed affidabilità al bilancio. Tale considerazione riguarda anche il rendiconto, in cui la correttezza della rappresentazione è consustanziale alla realizzazione della sua funzione politica di controllo e valutazione.

La strumentalità del dato tecnico rispetto alla funzione politica del bilancio è stata chiaramente evidenziata dalla Corte costituzionale, ritenendola condizione essenziale per il corretto funzionamento di un sistema democratico. Si afferma, al riguardo, che le sofisticate tecniche di standardizzazione, indispensabili per i controlli della finanza pubblica, ma caratterizzate dalla difficile accessibilità informativa per il cittadino di media diligenza, devono essere «integrate da esposizioni incisive e divulgative circa il rapporto tra il mandato elettorale e la gestione delle risorse destinate alle pubbliche finalità»[15]. Ciò, al fine di «rappresentare le qualità e le quantità di relazione tra le risorse disponibili e gli obiettivi in concreto programmati al fine di delineare un quadro omogeneo, puntuale, completo e trasparente della complessa interdipendenza tra i fattori economici e quelli socio-politici connaturati e conseguenti alle scelte effettuate in sede locale»[16]. Sotto un diverso profilo, la Corte costituzionale ha altresì censurato quelle previsioni speciali e derogatorie che in materia di finanza degli enti locali consentono di «perpetuare il *deficit* strutturale nel tempo, attraverso uno stillicidio normativo di rinvii, [che] finisce per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, in tal modo entrando in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale»[17], sulla base del presupposto che «sia la mancata appro-

[13] *Ibidem*.
[14] G. Vegas, *Il bilancio pubblico*, cit., 85.
[15] Corte cost., 21 giugno 2016, n. 184.
[16] *Ibidem*.
[17] Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18.

vazione dei bilanci, sia l'incuria del loro squilibrio strutturale interrompono – in virtù di una presunzione assoluta – il legame fiduciario che caratterizza il mandato elettorale e la rappresentanza democratica degli eletti»[18].

Secondo questa ricostruzione, il ruolo della tecnica si sostanzia nella strumentalità all'espletamento della funzione politica, laddove proprio i suddetti principi di veridicità ed affidabilità impongono la formazione e la selezione, in sede normativa – o in assenza in base a diligenza e prudenza –, delle regole più idonee al raggiungimento dello scopo.

La giuridicizzazione di regole tecniche nelle decisioni di bilancio, pertanto, se da un lato è funzionale a meglio garantire lo svolgimento della medesima funzione politica mediante la posizione di vincoli procedurali e formali per la decisione, dall'altro, soprattutto quando incide sul contenuto, esprime essa stessa esplicite opzioni politiche inerenti la tutela di interessi che si atteggiano a paradigmi fissati "*a priori*" entro i quali deve avvenire la contingente scelta determinativa dell'indirizzo politico, nonché la sua verifica finale.

Le linee di tendenza che si possono osservare a seguito dell'impetuosa evoluzione che ha subito negli ultimi decenni la legislazione in materia di contabilità pubblica possono essere ricondotte a tre fondamentali aspetti:

a) l'incremento della rilevanza della componente tecnica nell'assunzione delle decisioni;
b) l'ampia giuridicizzazione delle regole tecniche rese cogenti per il decisore. La tecnica contabile sempre più acquisisce rilevanza giuridica diretta e lo stesso ordinamento positivo assume in senso vincolante specifiche regole tecniche, imponendo che la funzione politica dei bilanci si svolga entro un preciso e dettagliato quadro normativo[19] che limita la discrezionalità, intesa anche in senso meramente tecnico;
c) la posizione in via normativa di particolari regole tecniche che incidono sul contenuto della decisione finanziaria. Di ciò è esemplificativa la costituzionalizzazione del principio del cd. "pareggio di bilancio" in merito ai limiti al ricorso all'indebitamento nella formazione del bilancio, nonché la predeterminazione delle scelte di bilancio attraverso un complesso ciclo di programmazione.

[18] Corte cost., 25 ottobre 2017, n. 228.

[19] A questo compito è peraltro chiamata a provvedere, ad opera della riforma costituzionale del 2012, la normativa statale in forza dell'ascrizione della materia dell'armonizzazione dei bilanci alla competenza esclusiva. W. Giulietti, M. Trimarchi, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3-2016, 952.

4. *I vincoli procedurali e formali al bilancio*

L'effettiva ampiezza del potere politico – insindacabile – esercitato nelle decisioni di bilancio può essere valutata proprio a seguito dell'esame dei limiti ordinamentali riferiti al bilancio preventivo.

Considerando nella presente trattazione lo Stato e gli altri enti territoriali, si possono distinguere, pur nelle specificità che ne caratterizzano la fisionomia, vincoli formali e vincoli che incidono sul contenuto decisorio. I primi sono posti da norme che fissano le procedure e che in maniera più o meno intensa – anche rinviando a definizioni e valutazioni tecniche complesse – determinano forma, struttura e principi per la redazione dei bilanci, delineando l'assetto dell'ente e regolamentandone l'assolvimento della funzione politica. I secondi sono vincoli impressi da norme che solo apparentemente hanno veste tecnica, ma che incidono direttamente sui contenuti della decisione finanziaria.

Va ovviamente precisato che i vincoli di carattere procedurale e formale sono rivolti sia ai bilanci preventivi, sia a quelli consuntivi, mentre quelli inerenti il contenuto sono diretti esclusivamente ai bilanci preventivi, a cui solamente è ascrivibile un contenuto decisorio con portata innovativa sull'ordinamento[20]. A seguito della riforma costituzionale del 2012, peraltro, la legge di bilancio – ovviamente in relazione allo Stato ed alle regioni – può modificare direttamente le «altre leggi»[21], seppur con alcune limitazioni[22], con l'effetto di concentrare la definizione ultima ed unitaria delle politiche pubbliche[23] attraverso la scelta delle priorità e la determinazione delle grandezze finanziarie.

[20] È noto il dibattito tradizionale sulla natura formale o materiale della legge di bilancio, sul quale basti in questa sede osservare che «la legge di bilancio, nel corso degli anni, si è tutt'altro che limitata a svolgere la funzione di mero "contenitore" rispetto alla legislazione sostanziale, assumendo invece molto spesso un contenuto assai ricco e articolato, soprattutto sul piano delle modificazioni quantitative apportate dall'atto stesso, spesso non più sorrette a monte da autonome leggi di spesa». Così, G. Rivosecchi, *Il difetto di copertura di una legge regionale di bilancio: la Corte accelera sul c.d. pareggio*, in *Giur. cost.*, 2012, 3, 2339.

[21] L'art. 81 Cost., a seguito dell'attuazione prevista dalla l. 243 del 2012, consente alla legge di bilancio di operare attraverso la sua I° Sezione la modifica dell'ordinamento vigente con riguardo alle spese ed alle entrate, superando la funzione prima svolta dalla legge di stabilità.

[22] L'art. 15, rubricato «Contenuto della legge di bilancio», della l. n. 243 del 2012 stabilisce che: «1. Il disegno di legge di bilancio reca disposizioni in materia di entrata e di spesa aventi ad oggetto misure quantitative, funzionali a realizzare gli obiettivi programmatici indicati dai documenti di programmazione economica e finanziaria e le previsioni di entrata e di spesa formate sulla base della legislazione vigente». Inoltre, al secondo comma, si precisa che «[n]on possono essere previste norme di delega, di carattere ordinamentale o organizzatorio, né interventi di natura localistica o microsettoriale».

[23] R. Perez, *Il ritorno del bilancio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 758 ss..

4.1. *Le procedure di approvazione*

I bilanci sono innanzi tutto sottoposti a regole procedurali a cui è legato un preciso significato in termini di assetto politico-istituzionale. È evidente che in un sistema democratico l'architettura della procedura di approvazione, comune nelle linee generali ad ogni ente territoriale, è destinata ad assicurare la condivisione della decisione di bilancio tra organo esecutivo, a cui spetta la proposta, ed organo assembleare elettivo, a cui spetta l'approvazione, ponendo poi le regole più specifiche[24] l'equilibrio tra le due sfere[25]. Attraverso l'*iter* di approvazione del bilancio preventivo, nell'elaborazione dell'indirizzo politico, nonché del rendiconto in funzione di controllo, si snoda il rapporto dialettico tra esecutivo, assemblea elettiva e cittadino elettore, rappresentando la sequenza dei "bilanci" elemento essenziale del circuito democratico dell'ente territoriale.

La rilevanza giuridica degli aspetti procedurali conduce oltretutto alla giustiziabilità delle posizioni coinvolte. È consolidata la giurisprudenza che riconosce l'impugnabilità da parte dei consiglieri comunali, in particolare di minoranza, degli atti di approvazione di bilancio – che negli enti locali assume veste amministrativa – per violazioni procedurali che incidano sulla loro capacità di «esercitare la indispensabile funzione di controllo sull'adeguatezza dell'azione politico amministrativa programmata dalle forze politiche che sostengono il Sindaco e l'esecutivo cittadino»[26]. Anche laddove la decisione di bilancio ha carattere legislativo, essa non sfugge al sindacato di legittimità costituzionale. È consolidata la giurisprudenza che in merito all'accesso al giudizio di costituzionalità riconosce come nella parifica del rendiconto regionale la situazione sia «analoga a quella in

[24] A. Monorchio, L.G. Mottura, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2014, 339.

[25] «Les rapports entre les pouvoirs, traditionnellement présentés à travers l'exécutif et le législatif – Gouvernement et Parlement –, s'analysent de manière satisfaisante dans les mécanismes des Finances publiques, et principalement la procédure budgétaire». K. Blairon, *Pouvoirs et contre-pouvoirs en matière budgétaire et financière, Congrès des constitutionnalistes*, Paris II, 2008, in *www.droitconstitutionnel.org*.; J.-Camby, «*Cavaliers*», in L. Favoreu, R. Hertzog, A. Roux (dir.), *Constitution et Finances publiques*, *Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Paris, 2005, 319; M. Degni, *La decisione di bilancio nel sistema maggioritario*, Milano, 2004, 97 ss..

[26] In considerazione della rilevanza strategica del bilancio e dalla sua valenza di atto di programmazione della vita dell'ente comunale consegue che «gli adempimenti correlati debbono intervenire nel rispetto di termini la cui perentorietà consegue ad un *iter* procedimentale caratterizzato da scansioni cronologiche cogenti, proprio in vista di una tempestiva approvazione finale del documento atta a scongiurare l'evenienza del ricorso alla gestione provvisoria e, dunque, ad una azione amministrativa limitata alle questioni di somma urgenza». *Ex plurimis*, TAR Sardegna, sez. II, 2 maggio 2016, n. 387; TAR Campania, sez. I, 19 dicembre 2016, n. 5848. Si è ritenuto che vi sia legittimazione al ricorso del consigliere comunale quando i vizi dedotti attengano ai seguenti profili: a) erronee modalità di convocazione dell'organo consiliare; b) violazione dell'ordine del giorno; c) inosservanza del deposito della documentazione necessaria per poter liberamente e consapevolmente deliberare; d) più in generale, preclusione in tutto o in parte dell'esercizio delle funzioni relative all'incarico rivestito. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 593; Cons. Stato, sez. I, 4 agosto 2011, n. 2467.

cui si trova un qualsiasi giudice (ordinario o speciale), allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono»[27].

4.2. *Gli aspetti strutturali*

Se consentire la legittimazione ed il controllo democratico sull'indirizzo politico è lo scopo principale del bilancio, una disciplina sul procedimento che assicuri il coinvolgimento dell'organo direttamente rappresentativo della sovranità popolare costituisce condizione necessaria, ma di per sé non sufficiente. L'atto di bilancio deve essere aderente nella sua fisionomia allo scopo cui è funzionalmente preposto, a partire dalla forma che assume, sia in termini di struttura, sia di modalità veritiere, chiare e comparabili di rappresentazione[28].

Le riforme della struttura del bilancio, sia quella di cui alla l. n. 196 del 2009 – estesa agli altri enti pubblici nel 2011 dal d.lgs n. 118 e dal d.lgs. n. 91 – e già prima la l. n. 94 del 1997[29], confermano la predetta relazione. Esse hanno rappresentato, infatti, aspetto essenziale della più ampia riforma dell'organizzazione amministrativa avviata negli anni novanta ed incentrata sulla separazione tra politica e amministrazione delineata dal d.lgs. n. 29 del 1993. Riconoscendo agli organi politici il ruolo esclusivo di definizione dell'indirizzo politico, inteso come selezione degli obiettivi e dei programmi da attuare, nonché verifica dei risultati conseguiti, il bilancio è stato reso snodo fondamentale del rapporto tra politica e amministrazione[30], adeguando così la struttura al mutato assetto istituzionale[31].

---

[27] Corte cost., 18 novembre 1976, n. 226. Da ultimo, Corte cost., 27 aprile 2017, n. 89, in cui si evidenzia che «pur non essendo un procedimento giurisdizionale in senso stretto, "ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la [parifica della] Corte dei conti è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa, risolvendosi nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico. Il controllo effettuato dalla Corte dei conti è un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo" (sentenza n. 181 del 2015)».

[28] Corte cost., 7 novembre 2017, n. 274.

[29] L. 3 aprile 1997, n. 94, avente ad oggetto «Modifiche alla legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni e integrazioni, recante norme di contabilità generale dello Stato in materia di bilancio. Delega al Governo per l'individuazione delle unità previsionali di base del bilancio dello Stato».

[30] Sotto questo profilo, l'art. 4 d.lgs. n. 165 del 2001 pone tra gli atti qualificanti la funzioni di indirizzo politico-amministrativo proprio «la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale» e, coerentemente, l'art. 14 d.lgs. n. 165 del 2001 ribadisce il legame tra approvazione del bilancio ed esercizio da parte del Ministro delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo, precisando che periodicamente, e comunque ogni anno entro dieci giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio, il Ministro "definisce obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare ed emana le conseguenti direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione". Detto modello è comune agli ordinamenti regionali e locali.

[31] W. Giulietti, *La funzione di programmazione dell'attività amministrativa mediante allocazione delle risorse. La vigente disciplina del bilancio dello Stato e le prospettive evolutive*, in *Riv. amm. Rep. Ital.*, 2003, 863.

Inoltre, nella prospettiva di una maggiore intelligibilità del contenuto delle politiche pubbliche e di una migliore capacità programmatoria in sede di bilancio, la l. n. 196 del 2009 ha imposto una rappresentazione della spesa di tipo funzionale articolata per missioni e programmi, estesa dal d.lgs. n. 118 del 2011 anche a regioni ed enti locali. Ciò ha consentito di distinguere l'insieme di tutte le risorse stanziate entro un numero limitato di finalità "missioni" che vengono perseguite in una prospettiva «di lungo periodo, ossia di configurazione istituzionale permanente»[32]. Ogni missione si articola in più «aggregati omogenei di attività svolte all'interno di ogni singolo Ministero, allo scopo di perseguire obiettivi ben definiti nell'ambito delle finalità istituzionali riconosciute al Dicastero competente»[33]. Tali aggregati denominati programmi sono sul piano funzionale ambiti omogenei di politiche pubbliche e costituiscono le «unità di voto» parlamentare.

In merito alle regole sulla redazione del bilancio è evidente, d'altra parte, che già la formazione e la definizione dei contenuti del bilancio preventivo scaturiscono da processi previsivi sugli andamenti delle entrate e delle spese – a politiche invariate e programmate – che hanno una determinante valenza tecnico-scientifica, ovviamente suscettibile di condizionare i contenuti della decisione politica. La legge di contabilità n. 196 del 2009, a seguito della riforma del 2016, legificando i «Principi contabili generali» a cui il decisore deve attenersi nella formazione dei documenti di bilancio, ha stabilito con riguardo al principio di veridicità che esso «fa riferimento alla necessità di avere un quadro fedele e corretto che ricerca nei dati contabili di bilancio la rappresentazione delle reali condizioni delle operazioni di gestione di natura economica, patrimoniale e finanziaria di esercizio». In riferimento al bilancio preventivo si evidenzia, in particolare, che «il principio si applica attraverso la rigorosa valutazione dei flussi finanziari generati dalle operazioni che si svolgeranno nel futuro periodo di riferimento […]».

Parimenti il d.lgs. 118 del 2011 per le regioni e gli enti locali ha legificato i principi contabili generali e applicati, anche rinviando alle sottese discipline aziendali. Così, a titolo di esempio, per il principio di veridicità è fatto rinvio al «*true and fair view* che ricerca nei dati contabili di bilancio la rappresentazio-

[32] Bilancio di previsione, in *www.rgs.mef.gov.it*. Ai sensi dell'art. 21 della l. n. 196 del 2009, le missioni esprimono «le funzioni principali e gli obiettivi strategici perseguiti con la spesa pubblica» e costituiscono una rappresentazione politico-istituzionale utile a rendere maggiormente trasparenti le grandi poste di allocazione della spesa, per meglio individuare le direttrici principali delle sottostanti azioni amministrative che le singole amministrazioni sono tenute a svolgere.

[33] I programmi, aggregati diretti al perseguimento degli obiettivi definiti nell'ambito delle missioni, sono affidate per la gestione e realizzazione ad un unico centro di responsabilità amministrativa corrispondente all'unità organizzativa di primo livello dei Ministeri, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300. I programmi sono univocamente raccordati alla nomenclatura COFOG (*Classification of the functions of government*) di secondo livello. Nei casi in cui ciò non accada perché il programma corrisponde in parte a due o più funzioni COFOG di secondo livello, deve essere indicata la relativa percentuale di attribuzione da calcolare sulla base dell'ammontare presunto dei capitoli di diversa finalizzazione ricompresi nel programma.

ne delle reali condizioni delle operazioni di gestione di natura economica, patrimoniale e finanziaria di esercizio». In merito all'attendibilità si evidenzia che le previsioni e in generale tutte le valutazioni a contenuto economico-finanziario e patrimoniale, devono essere sostenute «da accurate analisi di tipo storico e programmatico o, in mancanza, da altri idonei ed obiettivi parametri di riferimento, nonché da fondate aspettative di acquisizione e di utilizzo delle risorse al fine di rendere attendibili i documenti predisposti […]. L'oggettività degli andamenti storici e dei suddetti parametri di riferimento, ad integrazione di quelli eventualmente previsti dalle norme, consente di effettuare razionali e significative comparazioni nel tempo e nello spazio e, a parità di altre condizioni, di avvicinarsi alla realtà con un maggior grado di approssimazione»[34].

Peraltro allo scopo di rendere la decisione di bilancio trasparente e consapevole momento di definizione delle politiche pubbliche ha assunto rilevante portata l'affiancamento della contabilità economica alla contabilità finanziaria, svolgendo ormai una funzione non semplicemente accessoria di tipo informativo, ma di piena integrazione nella dinamica contabile[35].

4.3. *La funzione di validazione e revisione*

La complessa interconnessione tra tecnica e politica, nel segno di una crescente pervasività della prima, induce alla modifica delle procedure e dell'assetto degli apparati preposti all'assunzione delle decisioni finanziarie. La posizione di regole a contenuto tecnico porta con sé l'adeguamento delle procedure e degli apparati diretti a verificarne il rispetto.

Sul piano delle procedure basti richiamare a titolo esemplificativo il cd. "semestre europeo" introdotto dal *six pack* e diretto ad operare il coordinamento delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri, riunendo in un solo processo la verifica preventiva del raggiungimento degli obiettivi e del rispetto

[34] Tale principio non è applicabile solo ai documenti contabili di programmazione e previsione, ma anche al rendiconto e al bilancio d'esercizio, per la redazione dei quali occorre un processo di valutazione. Il principio in argomento si estende ai documenti descrittivi ed accompagnatori.

[35] A. Zamparese, *L'introduzione della contabilità economica nelle pubbliche amministrazioni*, in *www.amcorteconti.it,* in cui l'A. afferma che «[d]ifferenza peculiare tra il sistema di contabilità finanziaria e il sistema di contabilità economica è che il primo si preoccupa di dare contezza delle operazioni compiute verso l'esterno, misurabili attraverso le variazioni monetarie (entrate ed uscite: ad esempio, sorge l'obbligazione con il terzo, allora si assume l'impegno, che rende indisponibile la somma, poi si provvede al pagamento); essa non si preoccupa affatto delle c.d. operazioni compiute all'interno, riguardanti l'organizzazione dei fattori della produzione per dar luogo all'erogazione dei servizi: oggetto, questo, della contabilità economica, che valuta criticamente il modulo gestorio attraverso il quale sono conseguiti i risultati (nell'esempio sopra indicato ci si preoccupa di conoscere l'utilità effettivamente arrecata dall'esborso di denaro ai fini del raggiungimento del risultato)».

delle norme dettate in materia dal diritto dell'UE in senso sincrono ed integrato con l'elaborazione della programmazione finanziaria nazionale[36].

Sul piano dell'assetto organizzativo, di rilevante interesse è l'introduzione a livello costituzionale del *Fiscal Council* ad opera della riforma del 2012 con il compito di svolgere, in relazione alle più significative decisioni finanziarie dello Stato, l'analisi e la verifica «degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio», validando i relativi atti di finanza pubblica sottoposti all'approvazione del Parlamento[37].

L'introduzione, avvenuta in attuazione della normativa europea[38] e del *Fiscal Compact*[39] – che ne imponevano la previsione negli ordinamenti interni, senza tuttavia richiederne specificamente una rilevanza costituzionale –, si pone in coerenza con quanto registrato nel panorama internazionale da cui emerge un'ampia diffusione, seppur con caratteristiche differenziate tra diversi submodelli, di Istituzioni indipendenti di bilancio[40].

In particolare, l'Ufficio Parlamentare di bilancio (UPB), istituito in seno alle Camere quale organo tecnico sul modello delle autorità indipendenti, si caratterizza per l'elevata professionalità e l'indipendenza dei suoi componenti. L'Ufficio è costituito da un Consiglio di tre membri nominati dai presidenti della Camera e del Senato in una rosa di dieci soggetti indicati dalle Commissioni parlamentari competenti in materia di finanza pubblica a maggioranza di due terzi. I requisiti dei componenti, che durano in carica sei anni, senza possibilità di essere rinnovati, sono la riconosciuta indipendenza e la comprovata competenza ed esperienza.

Anche attraverso l'elaborazione di proprie stime, l'Ufficio effettua analisi, verifiche e valutazioni in merito a:

a) le previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica;
b) l'impatto macroeconomico dei provvedimenti legislativi di maggiore rilievo;
c) gli andamenti di finanza pubblica, anche per sottosettore, e l'osservanza delle regole di bilancio;

---

[36] http://www.consilium.europa.eu/it/policies/european-semester/. In tema di revisione dell'architettura istituzionale europea in risposta alla crisi dei debiti sovrani, G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della* governance *europea*, in *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2012, 383 ss..

[37] Si osserva che «tali enti, pur essendo privi di effettivi poteri decisionali, sono chiamati a predisporre e diffondere stime e previsioni macroeconomiche, che si affiancano o si sostituiscono a quelle governative, offrendo all'opinione pubblica e ai Parlamenti la possibilità di compiere un controllo effettivo e consapevole sulle scelte economiche, infrangendo il monopolio informativo dell'esecutivo che, da sempre, caratterizza il ciclo di bilancio». Così, A. Sikera, V. Manzetti*, Gli Organismi indipendenti di bilancio*, in *www.federalismi.it*, 2017, 2.

[38] Regolamento 2011/85/UE.

[39] P. De Ioanna, *Fiscal compact e dintorni: un medium normativo complesso. (Qualche appunto per discutere alcuni nodi del recepimento nell'ordinamento costituzionale italiano)*, in *www.siepweb.it*, 2014.

[40] V. Tonti, *L'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto internazionale ed europeo della governance economica*, Torino, 2017, 65 ss..

d) la sostenibilità della finanza pubblica nel lungo periodo;
e) l'attivazione e l'utilizzo del meccanismo correttivo di cui all'art. 8 della l. n. 243 del 2012 e gli scostamenti dagli obiettivi derivanti dal verificarsi degli eventi eccezionali di cui all'art. 6 della l. n. 243 del 2012;
f) ulteriori temi di economia e finanza pubblica rilevanti ai fini delle analisi, delle verifiche e delle valutazioni dei punti precedenti.

L'Ufficio non partecipa alla decisione finanziaria, ma ne analizza le premesse e le conseguenze sul piano economico e finanziario, svolgendo una funzione informativa diretta al Parlamento e più in generale alla collettività, nonché nei confronti delle istituzioni europee. L'incisività dell'operato è legata all'autorevolezza ed alla alta professionalità dell'istituzione, potendo, peraltro, porre le condizioni per una interlocuzione dialettica con il Governo.

L'art. 18 della l. n. 243 del 2012 prevede, al riguardo, che qualora, nell'esercizio delle proprie funzioni l'Ufficio esprima valutazioni significativamente divergenti rispetto a quelle del Governo, su richiesta di almeno un terzo dei componenti di una Commissione parlamentare competente in materia di finanza pubblica, quest'ultimo palesa i motivi per i quali ritiene di confermare le proprie valutazioni, ovvero ritiene di conformarle a quelle dell'Ufficio.

Seppur su un diverso piano, per gli altri enti territoriali – regioni ed enti locali – è tradizionalmente prevista un controllo *ab externo* sulla gestione finanziaria e sull'affidabilità delle risultanze contabili svolta da organi indipendenti. Sia l'art. 72 del d.lgs n. 118 del 2011 per le regioni, sia l'art. 239 Tuel prevedono e disciplinano le funzioni dell'organo di revisione a cui è affidata, non solo una funzione collaborativa con l'organo assembleare, ma anche di controllo giuridico sulle capacità gestionali dell'ente in riferimento alle risorse a disposizione, sulla programmazione ed attuazione dei programmi, nonché sulla correttezza e trasparenza delle misure di finanza pubblica che l'ente assume.

In conclusione, a partire dall'esame di alcune regole sulle procedure, sulla forma, sulla struttura e sulla redazione dei bilanci e selezionate in via meramente esemplificativa nel presente scritto, appare evidente come il dato tecnico in esse contenuto, non soltanto sia strumentale a consentire l'assolvimento della funzione politica dell'atto, ma che l'impianto delle stesse regole sia assunto a monte in prospettiva politica, contribuendo, tra l'altro, a determinare la fisionomia e la funzionalità dell'ente, nonché il suo rapporto con la società a cui fa riferimento.

5. *I vincoli che incidono sul contenuto della decisione di bilancio*

Vincoli giuridici aventi carattere tecnico possono incidere e condizionare il contenuto del bilancio preventivo che, come osservato, ha natura decisoria e «determinativa dell'indirizzo politico»[41].

5.1. *La programmazione finanziaria*

Sulla decisione di bilancio gravano direttamente i vincoli derivanti dalla programmazione finanziaria che costituisce la prima fase – politica – del ciclo di bilancio. La programmazione introdotta a monte delle decisioni di bilancio comporta vincoli politici che sempre più assumono carattere tecnico-giuridico, operando in termini di predeterminazione del contenuto.

È con l'introduzione della "legge finanziaria"[42] ad opera della l. n. 468 del 1978 che le decisioni di bilancio hanno trovato il loro presupposto in una precedente formale fase di programmazione, che nel tempo ha acquisito sempre maggiore rilevanza, ampiezza e spessore anche a seguito dell'introduzione del DPEF (1988) e oggi del DEF nel ciclo di bilancio dello Stato.

La programmazione ha, in particolare, acquisito consistenza di vincolo giuridico, oltre che politico, sulla decisione di bilancio statale a seguito dell'integrazione tra la sua rilevanza interna e quella europea ai fini del controllo preventivo sui conti pubblici nazionali, peraltro rafforzata con l'introduzione del cd. semestre europeo (*supra*).

Il modello di programmazione caratterizza peraltro l'intero sistema pubblico in forza della disciplina di armonizzazione contabile e di coordinamento della finanza pubblica. In riferimento agli enti locali costituisce un'importante recente innovazione l'introduzione del documento unico di programmazione, destinato a sostituire gli atti di programmazione settoriale, già precedentemente previsti come propedeutici all'approvazione del bilancio preventivo. Ai sensi dell'art. 151 Tuel, le previsioni del bilancio sono elaborate sulla base delle linee strategiche contenute nel documento unico di programmazione e, ai sensi del comma 3 *bis* dell'art. 169 Tuel, il PEG è deliberato in coerenza con il bilancio di previsione e con il documento unico di programmazione. Infine si prescrive, all'art. 170, comma 5, che il Documento unico di programmazione costituisce atto presupposto indispensabile per l'approvazione del bilancio di previsione.

---

[41] A. Barettoni Arleri, *Lezioni di contabilità pubblica*, cit., 163.

[42] A. Brancasi, *Legge finanziaria e leggi di bilancio*, Milano, 1985, 396 ss.

5.2. *I limiti all'indebitamento ed al debito*

Vincoli giuridici a carattere tecnico, diretti a limitare la capacità decisionale del bilancio, sono posti dalla normativa vigente a tutela della sostenibilità delle finanze pubbliche.

La programmazione finanziaria e conseguentemente i bilanci sono infatti sottoposti ai principi dell'equilibrio finanziario e della sostenibilità del debito che, conformemente al diritto europeo, si atteggiano a "limiti esterni", ovvero a "cornice" della decisione di ogni bilancio ai sensi dell'art. 97 Cost.[43].

Secondo quanto previsto dall'art. 81 Cost. deve essere il bilancio dello Stato, nell'ambito della propria potestà di coordinamento della finanza pubblica nazionale, ad equilibrarsi lungo un sentiero di tipo strutturale[44] allo scopo di raggiungere gli obiettivi di finanza pubblica, potendo lo Stato stesso ricorrere all'indebitamento in funzione di stabilizzazione anticiclica o per eventi eccezionali[45] in via tendenzialmente esclusiva[46] ed a favore dell'intero sistema pubblico[47]. Il ricorso all'indebitamento da parte degli enti territoriali diversi dallo Stato è di conseguenza fortemente limitato ai sensi dell'art. 119 Cost.

Il suddetto principio dell'equilibrio dei bilanci e la soluzione istituzionale della sua determinazione attraverso regole fondate su meccanismi parametrici aventi carattere tecnico e rilevanti già in sede di programmazione[48], attraver-

[43] Il modello incentrato sul coordinamento della finanza pubblica nazionale diretto al rispetto dei parametri (in sede preventiva il MTO) affidato allo Stato ne risulta consolidato nei principi fondanti e connotato da un maggiore potenziale di pervasività. È lo Stato, infatti, a svolgere la programmazione finanziaria dell'intero settore pubblico attraverso il Documento di economia e finanza (DEF): su tale documento si articola la programmazione dell'intero sistema finanziario pubblico nazionale e si modellano le misure normative conseguenti, *in primis* la legge di bilancio dello Stato. È sempre sulle previsioni del DEF che si svolge la sorveglianza preventiva europea (semestre europeo).

[44] P. De Ioanna, *Fiscal compact e dintorni: un medium normativo complesso*, cit., 18.

[45] In questo senso, l'art. 81, comma 2, Cost. dispone che il ricorso all'indebitamento da parte dello Stato è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali.

[46] Al secondo periodo del sesto comma, secondo cui le autonomie «[p]ossono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento», è stato poi aggiunto l'inciso: «con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio».

[47] Al riguardo, la l. 243 del 2012 chiarisce «l'equilibrio del bilancio dello Stato corrisponde ad un valore del saldo netto da finanziare o da impiegare coerente con gli obiettivi programmatici del saldo del conto consolidato, i bilanci delle regioni, dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle province autonome di Trento e di Bolzano si considerano in equilibrio quando, sia nella fase di previsione che di rendiconto, conseguono un saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali». Il ricorso all'indebitamento da parte degli enti territoriali diversi dallo Stato è di conseguenza fortemente limitato. Oltre al limite dettato dalla previgente previsione secondo cui essi «possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento», il riformato art. 119 Cost. prescrive «la contestuale definizione di piani di ammortamento» e la condizione secondo cui per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio.

[48] Sul piano operativo le nuove norme costituzionali confermano le modalità con cui è stata data attuazione, già dalla fine degli anni novanta, alla disciplina europea in materia di finanza pubblica posta dal Tratta-

so una disciplina procedurale che consente la valutazione politica contingente[49], pone in generale vincoli alla capacità decisionale. Ne risultano significativamente limitate le scelte sul *quantum* di indebitamento[50], ancorché rimanga impregiudicata la capacità di ricorrervi.

Si è osservato al riguardo, che «questi vincoli, pur limitandola, non privano gli Stati della loro politica di bilancio: la limitano perché l'entità del disavanzo, oltre ad essere condizionata dalla circostanza che il suo costo è stabilito dal mercato, è una grandezza non più nella libera disponibilità degli Stati; pur tuttavia gli Stati membri hanno quanto meno la possibilità di esercitare una loro politica di bilancio finanziandola con il prelievo fiscale»[51].

Le suddette regole sanciscono dunque un quadro precettivo in cui si inscrivono le autonome scelte di bilancio degli Stati membri, imponendo una sana e prudente gestione della finanza pubblica, ciò che la sola previsione della regola della copertura finanziaria delle leggi di spesa, prevista fin dall'origine nel nostro ordinamento costituzionale dall'art. 81 Cost., non è storicamente riuscita ad assicurare. Se infatti l'opzione per un tale sistema di regole ha rappresentato sul piano europeo il punto di compromesso su cui fondare e conferire solidità al sistema della moneta unica, sul piano nazionale ha rappresentato – e rappresenta – quello che, con una certa disillusione sulle capacità di perseguire una politica fiscale sostenibile di lungo periodo, è stato definito «vincolo esterno»[52].

Rispetto alle regole europee – ora anche di rilievo costituzionale[53] – dirette a porre limiti all'indebitamento ed all'ammontare del debito in rapporto al PIL

---

to di Maastricht ed alle procedure del Patto di Stabilità e crescita, ponendo tuttavia le basi per un rilevante rafforzamento interno della loro incidenza. In tema, G. della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996, 92 ss.

[49] Elementi di flessibilità delle regole europee di bilancio sono offerti, in primo luogo, dalla connotazione strutturale che la regola dell'indebitamento ha assunto dal 2005, con l'introduzione del MTO, nonché in relazione ai margini di apprezzamento qualitativo in caso di scostamenti ai sensi dell'art. 126, par. 3, TFUE. La spesa per investimenti è il primo dei "fattori significativi", ai quali occorre fare riferimento, in aggiunta ai criteri qualitativi e quantitativi sanciti dall'art. 126, comma 2, per accertare se vi sia un disavanzo, così come lo sono le riforme strutturali e gli eventi eccezionali. In tema, G. della Cananea, *Stato e Mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, 2013.

[50] G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007, 212 ss; G. Lo Conte, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino 2015, 23 ss.

[51] Così, A. Brancasi, *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale*, 8 agosto 2009, in *www.astrid-online.it*, 4 ss. L'A. osserva che «[q]uale che sia la giustificazione del divieto di disavanzi eccessivi e del patto di stabilità e crescita, resta il fatto che un pezzo di sovranità è stato trasferito a livello comunitario e che le maggiori perplessità sono semmai suscitate dalla pretesa di sterilizzare in una equazione matematica l'esercizio di questa sovranità ricevuta». In merito alla riforma v. Id., *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 108.

[52] Si veda G. Carli, *Cinquant'anni di vita italiana*, in collaborazione con P. Peluffo, Roma-Bari, 1993, 267: «[l]a nostra scelta del "vincolo esterno" nasce sul ceppo di un pessimismo basato sulla convinzione che gli istinti animali della società italiana, lasciati al loro naturale sviluppo, avrebbero portato altrove questo Paese».

[53] Alla costituzionalizzazione consegue un più penetrante controllo attraverso strumenti interni, quali il sindacato delle leggi sotto il profilo della congruenza agli obiettivi di finanza pubblica. È sul punto conso-

deve allora essere riconosciuta la sottesa e presupposta scelta politica – nello specifico assunta in sede di Trattati europei e quindi direttamente dagli Stati sottoscrittori –, di orientare la finanza pubblica nel senso della sostenibilità delle decisioni, conferendo ad essa cogenza giuridica e verificabilità tecnica.

6. *Equilibrio di bilancio a tutela dell'interesse finanziario e protezione degli interessi*

I vincoli posti in forza del comma 1 dell'art. 97 Cost. e dell'art. 81 Cost. sono suscettibili di conferire alle regole di finanza pubblica la consistenza di parametri di legittimità alla stregua dei quali operare il sindacato costituzionale.

In relazione alle prime pronunce della Corte costituzionale in materia[54], si è avuto modo di evidenziare in dottrina come la riforma del 2012 (art. 97 cost.), al di là di confermare la mutuazione di regole europee – peraltro, com'è noto, già pienamente operanti e cogenti[55] –, faccia assumere un ruolo preminente all'interesse finanziario nell'ordinamento interno che, inteso in termini di sostenibilità, viene esplicitamente assunto a parametro di valutazione nelle decisioni inerenti le politiche pubbliche.

Si afferma, al riguardo, che il principio essenzialmente politico della sostenibilità, sebbene affidato nell'odierna contingenza storica ad un meccanismo prevalentemente tecnico ed incentrato sul rispetto di limiti parametrici all'indebitamento – ancorché caratterizzati da una certa "flessibilità" politica –, ha un indubbio impatto sul ruolo e sulla posizione della pubblica amministrazione, con effetti diretti, sia nei rapporti con gli altri operatori della società, sia nei confronti delle

lidata la giurisprudenza costituzionale che afferma come nella materia finanziaria non esista «un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi» e ciò non può avere altro significato che affermare che l'interesse finanziario rientra nella tavola complessiva dei valori costituzionali, cosicché «non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale» (Corte cost., 25 maggio 1990, n. 260).

[54] In merito alla questione di legittimità costituzionale sull'addizionale IRES per le imprese dell'energia sollevata nel 2011 dalla CTP di Reggio Emilia, con sentenza n. 10/2015, la Corte costituzionale ha osservato che l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma tributaria, con effetti *ex tunc*, avrebbe determinato «uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale [parametri che la Corte "costituzionalizza" tramite il passaggio attraverso gli articoli 11 e 117 Cost.] e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime». F. Politi, *Il "costo" delle sentenze della Corte costituzionale nella recente riflessione dottrinale*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Napoli, 2004

[55] G.L. Tosato, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione tra i livelli europeo e interno*, in *Riv. dir. int.*, 2014, 12 ss.

pretese dei cittadini[56]. Tutto ciò, è sovente ricondotto ad una mutata prospettiva di concepire l'amministrazione in sé ed in rapporto alla società, preconizzando – ed a volte auspicando – una riduzione della sfera pubblica[57].

Se queste sono linee di tendenza che effettivamente si manifestano nel nostro Paese, la sopra rappresentata – o auspicata – riduzione della rilevanza sociale dell'intervento pubblico, non sembra un'implicazione necessaria ed inevitabile del perseguimento di equilibri finanziari sostenibili.

Alla ricerca della sostenibilità delle politiche pubbliche non necessariamente deve conseguire la riduzione e la minore efficacia di queste ultime, almeno laddove esse siano formulate sulla base di una prioritaria chiara e trasparente selezione dei bisogni da soddisfare, siano dotate di adeguate coperture e siano elaborate rispondendo ad elevati *standard* di efficacia e di efficienza.

A ben vedere la salvaguardia del cd. interesse finanziario, lungi dal porre unicamente limiti all'azione politica, paradossalmente esalta proprio la valenza politica del bilancio preventivo, consistente nel definire l'ordine delle prestazioni erogabili. Al bilancio è, infatti, rimesso il compito ultimo di predisporre, confermare o rimodulare il quadro delle singole spese dell'ente, attestandone le coperture "effettive" in una visione globale in cui la singola politica di spesa o di entrata dialoga con il generale quadro finanziario.

Si concreta in questo modo una stretta connessione tra potere di scelta e responsabilità del decisore[58], il quale, in ragione della cogenza di un limite alla capacità di indebitamento, è chiamato ad operare una selezione trasparente del-

[56] R. Perez, *Fiscal compact e diritti sociali*, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, 2013, 112.

[57] M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2017, 623. L'A. coglie con acume le linee di tendenza, osservando che nel disegno costituzionale originario, «l'amministrazione non era un "problema", piuttosto un "valore", o quantomeno un'entità neutra che, orientata a certi principi, diventava "valore" e la Costituzione non poneva limiti all'espansione dell'amministrazione, sia sotto il profilo della moltiplicazione dei centri di potere (espansione organizzativa) sia sotto il profilo della moltiplicazione dei compiti (espansione funzionale)». Al contrario, il testo costituzionale vigente «sembra preoccuparsi in prima istanza dell'amministrazione come "problema" o "disvalore", dell'amministrazione come causa dello squilibrio dei bilanci e della insostenibilità del debito pubblico». L'immagine dell'amministrazione che la Costituzione riformata restituisce all'interprete è connessa ad «una concezione della società come luogo alternativo di realizzazione degli interessi pubblici. Se l'amministrazione è percepita in primo luogo un disvalore, un male, sia pur un male necessario, è coerente muovere nel senso della sua riduzione. Ma questa riduzione della sfera pubblica è connessa all'espansione della sfera privata, sul presupposto che l'interazione sociale possa soddisfare gli interessi pubblici come, e forse meglio (se non altro, a costi più ridotti) degli apparati statali, o comunque pubblici. Una interazione sociale che, a seconda della cultura politica di riferimento, si svolge prevalentemente all'esterno o all'interno del mercato».

[58] Il nuovo vincolo dell'equilibrio, operando al margine, «sembrerebbe fungere piuttosto da deterrente nei confronti del decisore politico e da strumento per rassicurare i mercati». Così G. Rivosecchi, *Legge di bilancio e leggi di spesa tra vecchio e nuovo articolo 81 della Costituzione*, cit., 419.

le politiche basata sulle priorità effettive in ordine alla rilevanza degli interessi da perseguire[59].

La cogenza del principio di sostenibilità impone insomma alla politica di svolgere il proprio ruolo di governo senza l'illusione finanziaria della traslazione incontrollata dei costi sui decisori futuri attraverso un indebitamento non sostenibile, ciò consentendo che la protezione accordata agli interessi abbia una duratura effettività[60], ovvero che le politiche contingenti non pregiudichino la possibilità futura di attuarle o modificarle. Ciò, in coerenza con quanto affermato dalla Corte costituzionale secondo cui la disposizione dell'art. 97 Cost. prevede, dopo la riforma, che «per tutte le pubbliche amministrazioni l'equilibrio dei rispettivi bilanci sia prodromico al buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa»[61].

In questi termini non risulta compromessa, né contraddetta, ad esempio la doverosità per lo Stato di proteggere i diritti fondamentali, che anzi si impone sulle scelte finanziarie come azione prioritaria, dovendosi sicuramente ascrivere a «spesa obbligatoria incomprimibile», in quanto derivante da decisioni assunte sulla base di previsioni costituzionali o di carattere internazionale[62]. La protezione di interessi rilevanti, quali i diritti fondamentali, deve essere in questa prospettiva assicurata nella cornice dell'equilibrio finanziario anche a discapito della protezione di altri interessi che non godono di uguale portata. Ciò, al di là di velleitari riferimenti ad una asseritamente incondizionata e doverosa soddisfazione pubblica di posizioni individuali a prescindere dalla considerazione del loro impatto finanziario[63].

La sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016, a ben vedere, conferma questa ricostruzione proprio affermando che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la

[59] Secondo la regola che «a risorse invariate ogni nuovo diritto comportante prestazioni sociali implica la correlata compressione di quelle già esistenti». Così, A. Carosi, *Prestazioni sociali e vincoli di bilancio*, Relazione tenuta all'Incontro di studio trilaterale Italia-Spagna-Portogallo (7 ottobre 2016), 2. L'A. osserva che «[l]'espansione illimitata dei diritti non può essere compatibile con una visione armonica e sistemica degli ordinamenti nei quali avviene il nuovo riconoscimento: a risorse invariate ogni nuovo diritto comportante prestazioni sociali implica la correlata compressione di quelle già esistenti».

[60] Della regressione in termini di estensione del cd. *welfare state* stanno a testimoniare in Italia le conseguenze delle gravi crisi della finanza pubblica del 1992 e del 2011 verificatesi con modalità ed in contesti diversi anche in termini di cd. "sovranità monetaria", ma in presenza delle medesime fragilità strutturali legate alla sostenibilità del debito pubblico.

[61] Corte cost., 29 novembre 2017, n. 247.

[62] L. Carlassare, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2016, 2339 ss.. L'A. osserva che «ritorna, decisivo, il richiamo alla distinzione tra ciò che è facoltativo e ciò che è obbligatorio, una distinzione essenziale per consentire il controllo sull'allocazione delle risorse».

[63] S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton, New York, 1999. Si evidenzia come tutti i diritti abbiano un costo nel senso di impegnare risorse pubbliche.

doverosa erogazione»[64]. Come emerge dalla motivazione della pronuncia, l'importante assunto, lungi dal voler significare una utopica affrancazione dal condizionamento finanziario per il riconoscimento dei diritti – quand'anche fondamentali –, risulta essere per contro una affermazione perentoria della responsabilità del decisore politico nella selezione degli interessi da soddisfare attraverso l'azione pubblica, che deve fare i conti con la sufficienza delle risorse, senza la distorsione o l'illusione dell'abuso del ricorso all'indebitamento.

Nella citata sentenza, muovendo dalla considerazione che la natura fondamentale del diritto all'istruzione del disabile è tutelata a livello internazionale[65] e trova sicuro fondamento nell'art. 38 Cost., la Corte costituzionale riconosce che «spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale». Così, a fronte di una legge regionale che rimetteva genericamente alle disponibilità di bilancio il finanziamento del 50% degli oneri derivanti dal piano di assistenza dalla stessa legge previsto[66], la Corte ha osservato che «sebbene il legislatore goda di discrezionalità nell'individuazione delle misure per la tutela dei diritti delle persone disabili, detto potere discrezionale trova un limite invalicabile nella necessità di coerenza intrinseca della stessa legge regionale contenente la disposizione impugnata, con la quale viene specificato il nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»[67].

---

[64] Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275.

[65] Art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006.

[66] Art. 6, comma 2 *bis*, della l. reg. Abruzzo n. 78 del 1978 (Interventi per l'attuazione del diritto allo studio), così come integrato dall'art. 88, comma 4, della l. reg. Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15 (Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo, Legge finanziaria regionale 2004), ove si prevedeva l'erogazione di quel contributo solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa». In sostanza, il contributo regionale teso a rendere effettivo il diritto degli alunni disabili ai servizi di trasporto e assistenza scolastica sarebbe del tutto aleatorio e rimesso ad atipiche e indefinite esigenze finanziarie di bilancio.

[67] Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275. Ciò che si censura è l'alea che caratterizzava l'effettivo finanziamento del servizio, tale da rendere possibile che le risorse disponibili possano essere destinate «a spese facoltative piuttosto che a garantire l'attuazione di tali diritti», oltre a condizionare negativamente «la misura della disponibilità finanziaria della Provincia e degli altri enti coinvolti nell'assolvimento del servizio in questione», non consentendo la programmazione finanziaria degli stessi, dall'altro, viola lo stesso principio di copertura. L'ipotesi di squilibrio di bilancio è, infatti, secondo la Corte «eziologicamente collegabile all'uso promiscuo delle risorse», individuata come autentica causa vanificatrice della copertura finanziaria del servizio, per contro, determinata e determinabile a seguito dell'approvazione del piano. Nel caso in esame, il rapporto di causalità tra allocazione di bilancio e pregiudizio per la fruizione di diritti incomprimibili avviene attraverso la combinazione tra la norma impugnata e la genericità della posta finanziaria del bilancio di previsione, nella quale convivono in modo indifferenziato diverse tipologie di oneri, la cui copertura è rimessa al mero arbitrio del compilatore del bilancio e delle autorizzazioni in corso d'anno.

La regola che emerge, in coerenza con la più generale critica mossa in dottrina alla nozione di atto politico[68], è la limitazione dell'azione dei poteri pubblici anche nella determinazione dell'indirizzo politico rispetto alla doverosa attuazione dei valori costituzionali.

Si osserva, al riguardo, che il bilanciamento dei valori costituzionali è possibile soltanto «tenendo fermo che la "bilancia" è la dignità della persona»[69] e su tale base costituzionale la formula «primato della politica» non trova più cittadinanza nel nostro ordinamento. In questa prospettiva si parla condivisibilmente di «concezione del bilancio costituzionalmente orientata», non nel senso di «un'equiparazione immediata tra tutela dei diritti e aumento della spesa (o del debito) complessiva», ma di scelte allocative che nell'ambito di un *budget* diano «priorità (e, dunque, poziorità) al nucleo inviolabile dei diritti fondamentali»[70].

Del resto il compito e la responsabilità della politica è ben amministrare risorse scarse[71], principio che la Corte costituzionale ha sapientemente declinato affermando che «il buon andamento presuppone anche che al positivo risultato finanziario faccia riscontro una corretta e ottimale erogazione dei servizi e delle prestazioni sociali rese alla collettività», ritenendo altresì che «il miglior rapporto tra equilibrio del bilancio e buon andamento dell'azione amministrativa risiede in un armonico perseguimento delle finalità pubbliche attraverso il minor impiego possibile delle risorse acquisite mediante i contributi e il prelievo fiscale; in sostanza, un ottimale rapporto tra efficienza ed equità»[72].

La regola costituzionale della sostenibilità finanziaria entra pertanto esplicitamente e strumentalmente nel bilanciamento[73], imponendo che le risorse effettivamente disponibili siano destinate alle esigenze prioritarie, anche in senso giuridico, affinché il sistema sia in grado di assicurare il duraturo godimento di quanto riconosce in termini di tutela. In definitiva, non solo è imprescindibile che l'azio-

---

[68] In tema si rinvia a G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss., ed all'ampia bibliografia ivi citata.

[69] G. Silvestri, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed euguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

[70] A. Longo, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi*, 2017, 13.

[71] Si ritiene che il nuovo articolo 81 è «misura di responsabilizzazione del legislatore e, a cascata, degli amministratori pubblici, nella direzione di scelte allocative delle risorse finanziare che siano adeguate e ponderate». Così, F. Gambardella, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della corte costituzionale*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2017, 10.

[72] Corte cost., 29 novembre 2017, n. 247, ove si osserva che «[n]ell'articolazione teleologica del precetto costituzionale, la quale può essere tradotta, sotto il profilo dinamico, nella continua ricerca degli equilibri – la materia finanziaria è "viva" e sottoposta a una notevole quantità di variabili che non consentono, se non casualmente, il raggiungimento e il mantenimento di una situazione stabile e definitiva –, quello che viene in rilievo nel presente ragionamento, cioè l'equilibrio di bilancio *ex post*, corrisponde all'assenza di un disavanzo al termine dell'esercizio finanziario».

[73] A. Brancasi, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2014, Annali VII, 178.

ne politica garantisca i diritti fondamentali, ma che unitamente ad essi garantisca anche una finanza sostenibile che consenta continuità temporale al loro godimento anche mediante un ricorso ragionevole e consapevole all'indebitamento[74] che risulta limitato, ma non impedito.

La sostenibilità finanziaria è questione, quindi, consustanziale e presupposta alla effettività ed alla stabilità della protezione dei diritti assicurata dalle politiche pubbliche, nonché alla stessa capacità di un ente di poter elaborare o modificare le politiche pubbliche stesse. Si tratta, in definitiva, di un obiettivo politico presupposto che nella contingenza storica-istituzionale risulta in larga parte affidato – anche ai fini del suo rafforzamento – a meccanismi tecnici incidenti sulle decisioni.

7. *La sostenibilità finanziaria delle politiche è questione formalmente tecnica, ma essenzialmente democratica*

Si può concludere l'analisi affermando che nella tensione tra tecnica e politica che caratterizza, come si è visto, la decisione di bilancio e, più in generale, le decisioni finanziarie, la soluzione tecnica ha sempre un rapporto di strumentalità rispetto alla funzione politica. Persino la giuridicizzazione di regole tecniche, mediante la loro diretta assunzione in via normativa o il rinvio delle norme a discipline specialistiche, si pone nella prospettiva di assicurare stabilità ed efficacia alle decisioni politiche.

Secondo questa lettura, le regole tecniche, ancor più ove incidenti sul contenuto delle decisioni di bilancio, hanno intrinseca e spiccata valenza politica, nel senso di anticipare e rendere sistemiche opzioni, la cui giustificazione può essere frutto di volontà (opzione politica che contribuisce a delineare la forma di Stato) o di necessità giuridica (assetti sovranazionali) o anche di necessità derivante dal contesto politico-economico (criticità del rifinanziamento del debito legate ad es. alla solvibilità dell'ente).

Ciò vale in particolare per quelle regole poste a presidio della sostenibilità finanziaria delle politiche pubbliche che, pur nella possibile varianza della loro formulazione, consentono proprio alla funzione politica di esprimersi, palesando agli elettori il "costo" effettivo dei servizi di cui fruiscono. Costo che trova copertura principalmente attraverso il prelievo tributario.

Se può essere criticato o migliorato il sistema dei parametri che contingentano oggi l'indebitamento del settore pubblico – sempre che vi sia la capacità e la

[74] Magari a sostegno di spese caratterizzate per l'alto grado del moltiplicatore fiscale, costituendo quest'ultimo l'indice che misura l'intensità con cui il prodotto interno lordo di un Paese reagisce alla politica fiscale.

volontà di ricercarne uno migliore a livello sovranazionale –, in via generale limitare ed orientare la finanza pubblica nel senso della sostenibilità delle decisioni costituisce, soprattutto negli ordinamenti democratici, un imperativo di rango intrinsecamente costituzionale, nel senso autentico di limite al potere del Governo e della maggioranza. Il limite all'indebitamento, che costituisce la cornice entro la quale sono assunte le decisioni sulle politiche pubbliche, ovvero la scelta delle priorità in ordine alla protezione degli interessi ed al riconoscimento di diritti, è peraltro suscettibile di contrastare la nota tendenza della politica a massimizzare le prestazioni pubbliche in funzione dell'acquisizione del consenso e traslare nel tempo i relativi oneri attraverso l'assunzione del debito[75].

Riconoscere vincoli alla decisione di bilancio non significa, allora, negarne o degradarne la funzione politica e più in generale la costruzione di politiche pubbliche, ma, al contrario, definirne l'esatta portata. Si è assunto, ad esempio, che la sostenibilità dei bilanci pubblici abbia un preciso significato politico, che, oltre a costituire la prima garanzia per il mantenimento – ed anche eventualmente per l'incremento – delle prestazioni pubbliche a tutela degli interessi dei cittadini nel medio e lungo periodo[76], condiziona la stessa stabilità e permanenza del modello di «economia sociale di mercato», impedendo lo scivolamento verso assetti economici e politici vieppiù competitivi.

La valenza del principio dell'equilibrio di bilancio, come è evidente, ha implicazioni tutt'altro che neutrali[77], laddove in un sistema improntato ai principi democratici e della solidarietà dovrebbe essere inteso in termini di valore.

In definitiva, se proprio si voglia intendere l'azione politica, anche in materia di bilancio, «da nessun limite costretta»[78] , detta "libertà" non può che essere esercitata innanzi tutto con la fissazione dei propri limiti – o se si preferisce auto-

[75] M. Marè, M. Sarcinelli, *La regola del bilancio in pareggio: come assicurarla e a quale livello di governo?*, in *www.cortecostituzionale.it*.

[76] T.F. Gipponi, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, 68, che considera stabilità finanziaria una precondizione «della sostenibilità a lungo termine delle stesse politiche di *welfare*, che altrimenti rischierebbero di essere pregiudicate definitivamente».

[77] Lo schema sinora seguito (cfr. Grecia, Cipro) per la concessione di assistenza finanziaria contempla misure per la diminuzione delle spese, per la liberalizzazione dei mercati ed in misura più limitata per l'incremento delle entrate. L'applicazione del suddetto *mix* di misure ha un inevitabile impatto sulla fisionomia dello Stato che ne risulta destinatario. Si ritiene, in questo senso, che una patologica dipendenza finanziaria, esito di politiche non sostenibili, costituisca la principale minaccia alla stessa sovranità intesa come capacità dell'ente pubblico di autodeterminazione.

[78] La citazione è tratta dal "*De hominis dignitate*" (1486), di Giovanni Pico della Mirandola in cui si esprime la posizione dell'uomo rispetto alla natura affermando: «[n]on ti ho dato, Adamo, né un posto determinato, né un aspetto proprio, né alcuna prerogativa particolare, affinché il posto, l'aspetto e le prerogative che desidererai, tu li ottenga e possieda secondo il tuo desiderio e la tua decisione. La natura limitata degli altri esseri è costretta entro leggi da me stabilite. Tu, da nessun limite costretto, te le determinerai secondo il tuo arbitrio, al quale ti ho affidato. Ti ho posto nel mezzo del mondo affinché di là tu potessi più facilmente osservare tutto ciò che è il mondo. Non ti ho fatto né celeste né terreno, né mortale né immortale, affinché di te stesso quasi libero ed onorevole plasmatore ed artefice, tu ti forgiassi nella forma che avresti prescelto».

limiti – inerenti la forma, la procedura ed a volte anche parzialmente il contenuto della decisione che, come si è osservato, sono elementi che concorrono a delineare la fisionomia dell'ente ed il suo rapporto con il cittadino.

Si tratta di limiti connessi e strumentali alla protezione di interessi che fungono da cornice alle politiche contingenti, laddove la loro posizione, così come la loro modifica, non è questione neutrale, ma incide direttamente sulla capacità dell'ente di erogare i servizi.

Funzione politica del bilancio e tutela dell'interesse finanziario tra tecnica e diritto

Lo studio analizza gli aspetti relazionali tra funzione politica e dimensione tecnico-giuridica delle decisioni di bilancio negli enti pubblici territoriali.
Ciò, al fine di dimostrare come la peculiare costruzione della regola tecnica – quale ad esempio il principio dell'equilibrio di bilancio attuato secondo soglie parametriche – sia suscettibile di conferire un'impronta politica alla decisione finanziaria, essendo il contenuto della stessa regola tecnica risultato di scelte politiche – più o meno consapevoli – che contribuiscono a caratterizzare la fisionomia dell'ente pubblico ed il suo rapporto con i cittadini.
L'analisi permetterà di osservare pertanto come i vincoli che fungono da cornice alle decisioni di bilancio esprimano una essenziale impronta politica, esito di scelte predeterminate di cui occorre riconoscere e valutare, anche ai fini di eventuali modifiche, i riflessi sulla protezione degli interessi a cui l'attività dell'ente è diretta.

Political function of the budget and protection of financial interest between technique and law

The study analyses the relational aspects between the political function and the technical-legal dimension of budgetary decisions. The aim is to demonstrate how the peculiar construction of technical regulation – like the principle of the "balanced budget" implemented on the basis of parameters – give a political imprint to financial decisions. The content of the technical rule follows on from choices – more or less conscientious – that contribute to characterizing the institution and its relationship with the citizens.
The constraints that serve as a framework for budgetary decisions give an essential political imprint deriving from predetermined choices. It is necessary to analyse the repercussions that these choices have – also for the purposes of possible changes – on the protection of interests to which the activity of the institution is directed.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 305-327

Articoli e saggi

Procedure e criteri di selezione delle offerte negli appalti di lavori pubblici: la prospettiva dell'analisi microeconomica

Francesco Decarolis

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Situazione normativa attuale e sua evoluzione dal 1994 – 3. Rilevanza pratica dei diversi sistemi di aggiudicazione nei bandi 2016 e 2017. – 4. Perché tanti meccanismi e perché comprendere gli incentivi che producono è cruciale? – 5. Esclusione automatica: esempio e normativa. – 6. Perché l'esclusione automatica ha stravolto il settore dei lavori pubblici: teoria e evidenza. – 7. Conclusioni e proposte di riforma.

1. *Introduzione*

In anni recenti, la legislazione sugli appalti pubblici è stata costantemente al centro di dibattiti accademici e tra *policymakers* quale probabile concausa del rallentamento degli investimenti pubblici. Tra le norme oggetto di più accanito dibattito vi sono state soprattutto quelle relative ai meccanismi di selezione dei contraenti privati. Alcune di esse sono oggi anche oggetto di procedura di infrazione di fronte alla Commissione Europea (Infrazione n. 2018/2273). Manca tuttavia in questo dibattito un'analisi che leghi in modo diretto i temi giuridici a quelli di natura economica sugli effetti prodotti dalla legislazione esistente. Effetti che, soprattutto nei settori economici più dipendenti dalla domanda pubblica, hanno potenzialmente la capacità di incidere in profondità sull'organizzazione dell'offerta da parte delle imprese private.

In particolare, sebbene non manchino nel dibattito spunti relativi agli aggregati marcoeconomici, ad esempio in merito all'evoluzione della spesa complessiva per investimenti pubblici, del tutto assente è la prospettiva microeconomica. Come si argomenterà di seguito, l'analisi microeconomica può svolgere un ruolo fondamentale per comprendere come diverse norme sulla selezione dei contraen-

ti privati inducano cambiamenti anche molto sofisticati nel comportamento degli operatori economici. Alla base dell'approccio microeconomico vi è una modellizzazione matematica del comportamento strategico delle imprese basata sulla «teoria dei giochi» che facilmente scoraggia lo studio degli scritti microeconomici in materia di appalti pubblici da parte di chi non abbia familiarità con le tecnicalità della teoria dei giochi.

Questo scritto si prefigge di contribuire a superare questi limiti comunicativi descrivendo in modo chiaro e semplice alcuni risultati dell'analisi microeconomica della normativa in materia di procedure e criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. L'obiettivo è pertanto quello di colmare un vuoto nell'attuale dibattito, anche al costo di operare semplificazioni che potranno a tratti apparire eccessive. In particolare, dopo un *excursus* della normativa, si analizza in modo organico come gli attuali meccanismi di selezione delle offerte nel settore dei lavori pubblici sotto soglia comunitaria abbiano perpetrato, se non aggravato, alcuni effetti distorsivi sul comportamento delle aziende che perdurano da decenni e la cui eliminazione produrrebbe benefici sia in termini di efficientamento della spesa pubblica che di incentivo alla produttività delle aziende private. Le conclusioni discutono alcune indicazioni per una possibile riforma del sistema.

2. *Situazione normativa attuale e sua evoluzione dal 1994*

In questa sezione introduttiva, si intende delineare il quadro normativo attuale relativo ai sistemi di aggiudicazione degli appalti di lavori e legarlo alla sua evoluzione nel corso dell'ultimo ventennio. Già nel fornire questa descrizione emergeranno con chiarezza, prima ancora di guardare all'analisi economica e alle risultanze empiriche, i gravi difetti di qualità e coerenza della legislazione vigente.

Il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, così detto Codice dei contratti pubblici (d'ora in avanti indicato come Codice), definisce, in modo piuttosto complesso, i meccanismi da utilizzarsi per l'aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. I tre istituti su cui si fonda l'architettura di questo sistema sono:

1) Procedure di gara (art. 59-65). Sono di due tipi: ordinarie (procedure aperte e ristrette) o negoziate (nel cui novero è utile, ai fini espositivi, tutte le procedure non ordinarie, ovvero procedure negoziate con e senza bando, affidamenti diretti, cottimo, dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione). Le procedure negoziate sono più snelle nei tempi e tendono a restringere l'affidamento all'interno di un gruppo ristretto e selezionato di offerenti,

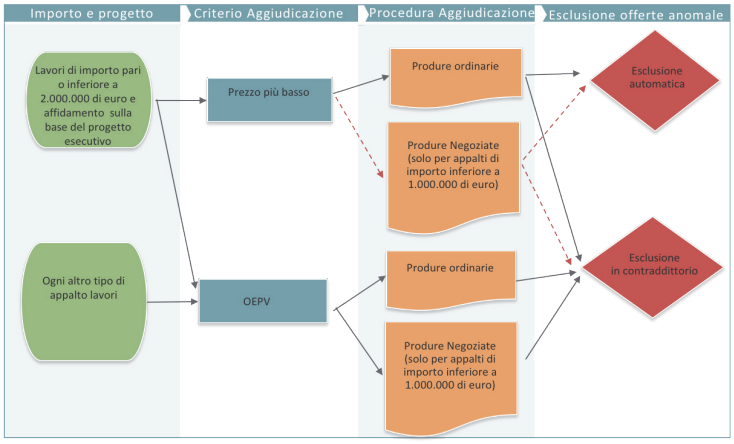
mentre le procedure ordinarie aprono la competizione ad un gruppo più ampio di potenziali imprese.

2) Criteri di aggiudicazione (art. 95). Sono di due tipi: prezzo più basso oppure offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV). Nelle gare al prezzo più basso si aggiudica all'impresa con il maggior ribasso rispetto alla base d'asta, mentre in quelle OEPV vince l'impresa con il punteggio migliore da calcolarsi sulla base degli elementi sia tecnici che economici definiti nel bando di gara.
3) Metodi di esclusione delle offerte anormalmente basse (art. 97). Sono di due tipi: esclusione automatica oppure in contraddittorio. A seconda del criterio di aggiudicazione, diversi tipi di algoritmi matematici per lo più basati sulla media degli sconti offerti, vengono impiegati per individuare quelle offerte la cui eccessiva convenienza rispetto alle altre presentate in gara le fa apparire sospette in quanto potenzialmente poco affidabili. Nella modalità di esclusione automatica, tali offerte sono escluse senza possibilità di riammissione; nella modalità di valutazione in contraddittorio, invece, la stazione appaltante valuta i giustificativi dell'offerta per stabilirne la reale affidabilità.

Come vedremo, le aggiudicazioni al prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale producono spesso effetti distorsivi. Sebbene il Codice abbia in parte limitato l'applicazione del prezzo più basso come metodo di aggiudicazione delle gare, questo criterio, combinato con l'esclusione automatica delle offerte anomale, resta ancora oggi quello più comunemente utilizzato nei lavori pubblici sotto soglia comunitaria, ovvero la stragrande maggioranza degli appalti. Inoltre, le più recenti modifiche normative introdotte dal decreto "Sblocca Cantieri" (D.L. 18 aprile 2019, n. 32, e relativa legge di conversione del 14 giugno 2019, n. 55) hanno riportato maggiore centralità sia al criterio del prezzo più basso che alla modalità di esclusione automatica delle offerte anomale.

Il Codice vincola l'impiego del criterio del prezzo più basso ai soli casi di lavori il cui importo a base d'asta sia inferiore ai 2 milioni di euro e che vengano aggiudicati sulla base di un progetto esecutivo (che costituisce l'ultimo livello di progettazione). Un primo aspetto problematico è emerso con il decreto correttivo (decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56) al Codice. A seguito del correttivo, infatti, e prima del decreto "Sblocca Cantieri", il testo del Codice rendeva ambiguo se fosse possibile o meno l'impiego del criterio del prezzo più basso insieme a procedure negoziate, oppure se l'impiego di questo criterio sia vincolato all'uso di procedure ordinarie. La figura che segue schematizza le possibili combinazioni di criteri, procedure e modalità di esclusione come previste dal correttivo del 2017 per l'affidamento di lavori. Le frecce con linea tratteggiata indicano la situazione di ambiguità.

Sistema aggiudicazione appalti di lavori pubblici



Per rendere ancora più chiaro lo schema presentato nella figura, si riportano di seguito le stesse informazioni in forma di tabella.

	Prezzo più basso + Esclusione in contradditorio	**Prezzo più basso + Esclusione automatica**	**OEPV + Esclusione in contradditorio**	**OEPV + Esclusione automatica**
Procedure ordinarie	Possibile solo per lavori di importo inferiore a 2 milioni di euro, affidati sulla base di progetti esecutivi		Sempre possibile	Vietata
Procedure negoziate	Ambiguo	Ambiguo	Possibile solo per lavori di importo inferiore a 1 milione di euro	Vietata

Nell'aprile 2017, il correttivo al Codice degli appalti ha introdotto quello che suona come un chiaro divieto alla combinazione di procedure negoziate con criterio del prezzo più basso in quanto l'art. 95 recita: «Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro,

quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; […]» La menzione dell'art. 36 comma 2, lettera d) all'interno del testo dell'art. 95 sembra infatti non aggiungere nulla al divieto, in quanto impone solo l'obbligo di eseguire procedure ordinarie per gli appalti superiori ad 1.000.000 di euro.

Questo dettato normativo ha generato non pochi problemi, infine superati con l'entrata in vigore del decreto Sblocca Cantieri, per molte stazioni appaltanti perché, come si dirà di seguito, l'impiego congiunto di procedure negoziate, prezzo più basso ed esclusione automatica è stato il sistema principale di aggiudicazione nell'ultimo decennio. Pertanto, su istanza di molte stazioni appaltanti, il MIT aveva prodotto un parere interpretativo (prot. N.U.0023581 del 13.06.2017), poi avallato dall'ANAC con il parere n. 0084346 del 23.06.2017, in cui si affermava che il divieto recato dal correttivo al Codice non sussistesse per i lavori di importo inferiore al milione di euro, applicandosi solo per quelli di importo superiore. La procedura negoziata si sarebbe quindi potuta accompagnare al prezzo più basso nei casi di lavori di importo inferiore al milione di euro affidati sulla base di progetti esecutivi.

Come detto in precedenza, la rilevanza della questione se fosse utilizzabile la triade [prezzo più basso – procedura negoziata – esclusione automatica delle offerte anomale] era dovuta al fatto che, a partire dal 2011 e fino al nuovo Codice, proprio questa triade abbia rappresentato il meccanismo primario di aggiudicazione degli appalti di lavori.

Di seguito viene presentato un rapido *excursus* dei meccanismi di aggiudicazione nelle gare di lavori tra il 1994 («legge Merloni») ed oggi:

- 1994: per contrastare l'emergere di fenomeni corruttivi, la «legge Merloni» (l. n. 109/1994) irrigidisce i meccanismi di aggiudicazione puntando su procedure aperte aggiudicate al prezzo più basso.
- 1998: a seguito del peggioramento nella qualità dell'esecuzione dei contratti viene introdotto dalla l. n. 451/1998 il sistema di esclusione automatica delle offerte anomale, rimasto in vigore fino al Codice del 2016. Da questo momento e fino al nuovo codice 163/2006 (c.d. «legge de Lise») la quasi totalità degli appalti sarà aggiudicata attraverso il meccanismo definito dalla triade [prezzo più basso – procedura ordinaria – esclusione automatica delle offerte anomale] che è sostanzialmente il meccanismo obbligatorio per tutti gli appalti di importo inferiore ai 5 milioni di euro.
- 2003: il Comune di Torino (seguito poco dopo dalla Provincia di Torino) identifica nell'esclusione automatica il motivo alla base del proliferare della collusione tra imprese nelle gare d'appalto e ne vieta l'impiego. Il contenzioso generato in questa sede arriva fino alla Corte di Giustizia Europea che,

con la sentenza del 15 maggio 2008, cause C-147/06 e C-148/06, ha posto fine al contenzioso, dichiarando che una normativa nazionale che imponga tassativamente alle amministrazioni l'eliminazione automatica in base a un criterio matematico basato sulla media delle offerte non è compatibile né con le norme fondamentali del Trattato CE relative alle libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, né con il principio generale di non discriminazione. Tuttavia, la sentenza ammette che – in presenza di un numero particolarmente elevato di offerte ricevute – l'amministrazione possa fissare una soglia ragionevolmente alta al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.

- 2006: incorporando le direttive EU sugli appalti del 2004, il nuovo Codice degli appalti del 2006 riduce la rigidità del sistema lasciando alle stazioni appaltanti maggiore flessibilità di scegliere liberamente tra prezzo più basso e OEPV e tra esclusione automatica e in contraddittorio. Viene formalizzato (e irrigidito) il sistema di valutazione in contraddittorio introdotto da Torino nella sua riforma del 2003. In questo momento le amministrazioni più grandi e qualificate iniziano in parte a sfruttare la maggiore discrezionalità per effettuare più gare con OEPV e superare l'esclusione automatica. Ma la stragrande maggioranza continua con l'esclusione automatica perché gestire la valutazione in contraddittorio delle offerte richiede competenze (tecniche e legali) e risorse. Questo sistema allunga anche notevolmente i tempi di aggiudicazione. Sul fronte delle procedure, viene introdotta una forte stretta sulle procedure negoziate il cui utilizzo discrezionale prima permesso per appalti fino a 300.000 euro, viene limitato solo a quelli al di sotto dei 100.000 euro.
- 2008: a seguito della sentenza della Corte di Giustizia Europea menzionata sopra, tramite il terzo correttivo al d.lgs. n. 163/2006 viene vietata l'esclusione automatica per le gare di valore superiore a un milione di euro e per quelle di importo pari o inferiore a un milione di euro per cui siano state presentate meno di dieci offerte valide. Per quanto riguarda le procedure negoziate, la soglia viene nuovamente innalzata portandola da 100.000 euro a 500.000 euro. Inizia il periodo caratterizzato dalla triade [prezzo più basso – procedura negoziata – esclusione automatica delle offerte anomale].
- 2011: la legge 70/2011 (c.d. "Decreto Sviluppo") innalza il limite di valore entro il quale l'esclusione automatica è ammissibile fino a ricomprendere tutti gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria (circa 5.000.000 di euro). Simultaneamente viene innalzata la soglia per le negoziate da 500.000 euro a 1.000.000 di euro. In termini di procedure, queste riforme portano ad un radicale mutamento della situazio-

ne vigente dal 1998 al 2008 con le procedure negoziate che soppiantano del tutto le procedure aperte come sistema primario di gara. Il criterio del prezzo congiunto all'esclusione automatica continua a dominare la scena. Insieme, procedure negoziate e esclusione automatica comportano la massima velocizzazione possibile nei tempi tecnici necessari per aggiudicare una gara. Questo era esattamente quanto voluto dal legislatore per stimolare la domanda a fronte della situazione di crisi economica.

- 2016: nuovo codice degli appalti recepisce le nuove direttive EU in materia di appalti del 2014. Con un cambio di rotta rispetto alle direttive precedenti, le nuove direttive prefigurano un sistema flessibile basato su procedure negoziate e criterio OEPV. Il sistema adottato in Italia è quello descritto nella figura e nella tavola riportate sopra. Rilevante appare l'ambiguità nel possibile impiego di negoziate e prezzo più basso, descritto sopra, sia la novità di un meccanismo di esclusione automatica che aumenta l'aleatorietà e rende i prezzi offerti del tutto sconnessi dai costi di produzione sottostanti, come discuteremo sotto.
- 2019: il decreto "Sblocca Cantieri" (D.L. 18 aprile 2019, n. 32, e relativa legge di conversione del 14 giugno 2019, n. 55) modifica numerosissimi aspetti del codice. Tra i cambiamenti più rilevanti per questo studio, vi sono il ripristino del criterio del prezzo più basso come criterio equiparato all'OEPV e le modifiche dell'algoritmo di calcolo della soglia di anomalia delle offerte.

Molto di quanto avvenuto nel settore degli appalti pubblici in Italia nell'ultimo ventennio può essere compreso alla luce di come i (frequenti) cambiamenti nella normativa abbiano di volta in volta favorito o vietato alcuni dei possibili meccanismi ottenibili combinando un tipo di procedura, un tipo di criterio e una modalità di esclusione.

Obiettivo principale dei paragrafi che seguono è quello di descrivere come alcuni di questi meccanismi, e precisamente quelli basati su aggiudicazione al prezzo più basso e esclusione automatica delle offerte anomale, abbiano prodotto e stiano ancora producendo straordinarie distorsioni nel settore degli appalti di lavori pubblici. Sebbene alcuni dei problemi trattati riguardino anche appalti di servizi e forniture, il *focus* sarà sui lavori. I motivi sono legati sia alla necessità di rendere lo scritto non eccessivamente lungo e complesso, sia alla disponibilità per il settore lavori di evidenze empiriche ampie ed attendibili.

3. *Rilevanza pratica dei diversi sistemi di aggiudicazione nei bandi 2016 e 2017*

A livello di quanto sta accadendo nella pratica, è utile dare evidenza di alcune semplici statistiche. Innanzi tutto, sulla base dei dati ANAC riportati nella Relazione Annuale 2016 (del luglio 2017), su un totale complessivo di circa 20 miliardi di euro di lavori pubblici messi a gara nel 2016, il valore complessivo di quelli di importo inferiore a 2 milioni di euro a cui si può quindi applicare il criterio del prezzo più basso è di circa 7,5 miliardi (valgono nel complesso 5,5 miliardi quelli sotto il milione di euro a cui si può applicare la procedura negoziata).

Come numero di bandi, gli appalti sotto i 2 milioni di euro sono la quasi totalità dei lavori (circa 28.000 gare su un totale di poco meno di 29.000 gare) e quelli sotto il milione di euro sono a loro volta la quasi totalità dei 28.000 appalti sotto i 2 milioni di euro. Non deve pertanto sorprendere se le aggiudicazioni al prezzo più basso restino fondamentali anche dopo l'introduzione di un Codice che la vulgata seguita alla sua introduzione vuole come fortemente restrittivo delle aggiudicazioni basate sul solo prezzo. I numeri che seguono elucidano questo punto.

Per i riscontri empirici che seguono si sono utilizzati dati di una banca dati privata (Telemat spa), in quanto i dati ANAC presentano una serie di limitazioni di cui si dirà più in là nel testo. In un campione rappresentativo di 1.842 gare per lavori su strade, autostrade e ponti (OG3, la tipologia principale di lavori pubblici) aggiudicate nel 2017 e il cui importo a base d'asta è sotto i 2 milioni di euro (per un totale di 692,65 milioni di euro) si trova che:

- Procedure ordinarie: 1.097 (1.094 aperte e 3 ristrette; per un totale di euro 529,70 milioni). Procedure negoziate: 676. Per 69 procedure è ambiguo cosa siano a causa di incompletezza nel dato Telemat.
- Criterio prezzo più basso (1.118 procedure, per un totale di euro 378,58 milioni), criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (310, per un totale di euro 223,85 milioni), casi ambigui (414).
- Modalità di esclusione delle offerte anomale: l'individuazione richiede la lettura diretta del bando di gara ed è stata effettuata solo per un sotto-campione casuale di circa 300 gare risultando che quasi il 100% dei casi di aggiudicazione al prezzo più basso si accompagnano alla modalità di esclusione automatica delle offerte anomale.
- Relativamente agli appalti svoltisi secondo la combinazione di procedure negoziate e prezzo più basso, il cui possibile impiego è stato descritto come ambiguo a causa dell'attuale dettato normativo, in questo campione 396 gare (per un totale di euro 90,84 milioni) usano questa combinazione. Nella quasi totalità di questi casi, il metodo di esclusione adottato è quello automatico.

4. *Perché tanti meccanismi e perché comprendere gli incentivi che producono è cruciale?*

Gli elementi descritti sopra sono all'apparenza alquanto tecnici. In realtà, la loro rilevanza pratica è enorme in quanto diverse combinazioni di criteri, procedure e meccanismi di esclusione delle offerte anomale producono ambienti competitivi che, dal punto di vista delle imprese che in questi ambienti devono competere, sono radicalmente diversi in termini di incentivi. Il comportamento verso cui questi incentivi spingono le imprese è a sua volta l'elemento chiave per capire come il sistema disegnato dalla legge produca inefficienza della spesa pubblica, distorsioni nella competizione tra imprese e inefficacia nell'azione amministrativa dello Stato.

Un'ampia fetta della letteratura microeconomica è dedicata all'analisi di come le imprese si comportino in diversi meccanismi di gara come quelli descritti sopra. In estrema sintesi, gli appalti di lavori si caratterizzano per una duplice difficoltà: da un lato, come in ogni interazione economica tra soggetti diversi, la stazione appaltante non conosce il costo reale di esecuzione del lavoro dei vari potenziali offerenti, dall'altro i lavori hanno un intrinseco grado di incertezza nei costi dovuto alla discrasia tra momento dell'aggiudicazione e momento del completamento del lavoro tale per cui neanche l'impresa conosce con esattezza i suoi costi di realizzazione nel momento in cui effettua l'offerta.

Se per il primo aspetto (ignoranza della stazione appaltante dei costi dei fornitori) mettere in concorrenza i fornitori è tipicamente ottimale[1], per il secondo aspetto (ignoranza del costo esatto anche da parte dei fornitori stessi) la concorrenza può produrre effetti pessimi sulla fase di esecuzione del contratto portando a selezionare imprese eccessivamente ottimiste nella stima dei costi o estremamente spregiudicate nel formulare un prezzo che andranno poi a cercare di rinegoziare.[2]

Questo, in estrema sintesi, è il motivo per cui procedure aperte con aggiudicazioni al prezzo più basso possono essere così rischiose. Tanto basta per capire come mai il sistema introdotto dalla "legge Merloni" nel 1994 non abbia funzionato, producendo nel 1998 l'introduzione del meccanismo di esclusione automatica. E spiega anche perché tutti i tentativi di abbandonare il sistema di esclu-

---

[1] Lo studio originale che ha introdotto questo risultato è R.B. Myerson, *Optimal Auction Design*, in *Mathematics of Operations Research,* 6, 1981, 58 ss.; Per le implicazioni di questo risultato in chiave giuseconomica si vedano tra gli altri M. Cafagno, *Lo Stato banditore: Gare e servizi locali*, Milano, 2001, G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico,* Bologna, 2009, e A. Nicita, V. Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005.

[2] Si v. P. Bajari, S. Tadelis, *Incentives versus transaction costs: A theory of procurement contracts* in *Rand journal of Economics*, *32*(3), 2001, 387 ss., A. Engel, J.J. Guanza, E. Hauk e A. Wambachv, *Managing Risky Bids* in N. Dimitri, G. Piga, G. Spagnolo (a cura di), *Handbook of Procurement*, Cambridge, 2006, e C. Zheng, *High Bids and Broke Winners*, in *Journal of Economic Theory*, vol. 100, 129 ss..

sione automatica siano naufragati. Si pensi che persino Torino è tornata a questo sistema nel 2011.

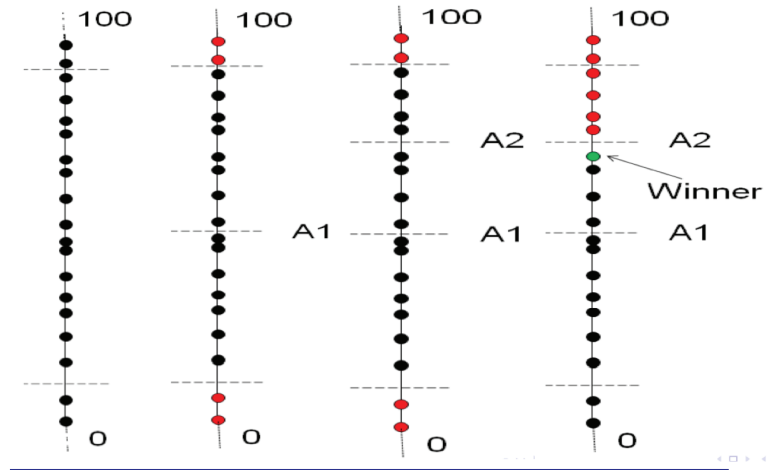
L'esclusione automatica è però una cura pericolosissima al male rappresentato dai rischi di cattiva esecuzione. Vent'anni di applicazione di questo sistema hanno prodotto evidenza chiara di come la cura sia forse peggiore del male stesso. Il prosieguo di questa nota si propone di dimostrare questo punto e di offrire quindi spunti per un dibattito che porti, in modo graduale ma efficace, al definitivo abbandono di ogni meccanismo di esclusione delle offerte anomale negli appalti pubblici.

Per capire come mai l'esclusione automatica sia foriera di gravi problemi, è utile iniziare da una illustrazione di come questo meccanismo funzionava nel periodo 1998-2016. Sarà poi discussa la nuova normativa introdotta nel 2016. Compresa la normativa, si passerà ad illustrare quali siano in astratto i problemi creati da questo sistema e come questi siano ben visibili nei dati.

5. *Esclusione automatica: esempio e normativa*

Il modo migliore per capire cosa sia l'esclusione automatica è la presentazione di un semplice esempio numerico. L'esempio di seguito illustra il metodo di esclusione automatica come previsto dalle norme in vigore tra 1998 e 2016. Supponiamo che per un appalto di lavori nel cui bando la stazione appaltante abbia previsto l'applicazione dell'esclusione automatica si presentino 19 imprese, ognuna con un'offerta valida.

Esempio vecchia regola (pre Codice 2016): 19 offerte



Supponiamo di ordinare tutte le offerte (sconti sulla base d'asta) dal più basso al più alto. Nella figura di sopra, se la gara fosse al prezzo più basso «puro» l'offerta indicata dal pallino più alto di tutti vincerebbe in quanto è quella con lo sconto più alto. L'esclusione automatica, invece, seleziona un vincitore (ed uno sconto vincente) diverso. La figura mostra i vari passaggi richiesti dall'algoritmo indicato dalla legge: dopo aver ordinato gli sconti (prima colonna), si passa ad escludere le «ali» ovvero il 10% arrotondato all'unità superiore dei più alti e più bassi (nella seconda colonna questi sono i 2 sconti più alti e più bassi – in rosso, – in quanto 2 è il valore di arrotondamento di 1.9 che rappresenta il 10% del numero totale di sconti, 19). Utilizzando tutti gli sconti non esclusi si calcola la loro media (A1). Nel terzo passaggio si prendono gli sconti superiori ad A1 ma inferiori al 10% dei più alti (i due pallini in rosso in alto nella terza colonna) e si calcola la loro media (A2). Infine, il vincitore è lo sconto più altro tra quelli al di sotto di A2 (il pallino in verde, *winner*, nella quarta colonna).

Sistemi del tipo descritto sopra esistono in altri contesti e si basano tutti su un errore logico fondamentale: che le imprese partecipanti, una volta a conoscenza del vigente sistema di individuazione del vincitore, continuino a offrire gli stessi sconti come se l'aggiudicazione fosse al prezzo più basso. Chiaramente, questo è assurdo ben comprendendo le imprese che in un sistema al prezzo più basso puro offrire uno sconto alto comporta sia costi (minori profitti in caso di vittoria) che benefici (una più alta probabilità di vincere), mentre invece con l'esclusione automatica offrire uno sconto più alto ha solo costi (bassi profitti e alte chance di esclusione) e nessun beneficio. Prima di discutere cosa ciò comporti per le imprese, si riporta di seguito il nuovo algoritmo introdotto nel Codice 2016, così come in vigore fino a prima delle modifiche introdotte dal decreto sblocca cantieri.

Se l'algoritmo descritto sopra dovesse sembrare arcano, è bene anticipare che quanto segue è ben più convoluto. Il legislatore, infatti, ha ulteriormente complicato il meccanismo pensando di poter limitare i rischi di collusione legati alla possibilità che cordate di imprese manipolino le soglie A1 e A2 descritte sopra. La cosa più sorprendente è l'introduzione di un sistema di selezione casuale del metodo con cui verranno individuate le offerte anomale, e quindi il vincitore. Riporto prima quanto scritto nel testo di legge (art. 97 comma 2 e 8), per poi spiegare perché sia altamente distorsivo e completamente inutile rispetto ai fini che si proponeva.

Art. 97. (Offerte anormalmente basse) [versione antecedente alle modifiche del D.L. 32/2019]

Comma 2. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dai candidati (*rectius*: dagli offerenti) i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi:
media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;
media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra;
media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del quindici per cento;
media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata del dieci per cento;
media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9.
Comma 8. Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.»

Pertanto, se nel periodo tra il 1998 e fino all'entrata in vigore del Codice del 2016, la legge nazionale definiva un algoritmo univoco di determinazione di questa soglia di anomalia basato su una funzione della media degli sconti ricevuti, il Codice ha mutato il metodo di calcolo e previsto l'estrazione a sorte tra 5 diversi algoritmi, tutti comunque basati sulla media (e uno dei 5 con al suo interno una ulteriore estra-

zione a sorte). L'estrazione avviene dopo che tutte le offerte sono state presentate per individuare quella vincente. Questo sistema assurdo porta, essenzialmente, all'allocazione casuale dell'appalto e non cura nessuna delle reali distorsioni agli incentivi presenti nel meccanismo in vigore prima del 2016. Infatti, avvenendo questa estrazione tra algoritmi diversi, ma che in comune hanno di porre la soglia di anomalia al di sotto dello sconto maggiore, resta assolutamente immutato l'elemento cruciale menzionato sopra: mai un'impresa avrà incentivo ad offrire sconti elevati a causa del timore di esclusione e, pertanto, gli sconti saranno sconnessi dai costi sottostanti. Diventa semplicemente più arduo indovinare dove la soglia si posizionerà cosa che, lungi dal curare il rischio di collusione prodotto dal meccanismo precedente, con ogni probabilità lo aggraverà essendo più conveniente cercare (probabilisticamente) di pilotare la distribuzione delle offerte che non presentarsi come impresa singola avendo chance di vittoria quasi nulle. Questa visione negativa è avvalorata dall'esperienza di diverse riforme locali che, prima del 2016, avevano modificato il meccanismo di esclusione automatica con sistemi simili a quello poi introdotto dal Codice.[3] A sostegno di questa interpretazione, vi è anche il fatto che, nelle ultime modifiche normative introdotte dal decreto Sblocca Cantieri, il testo dell'articolo 97 riportato sopra sia stato nuovamente stravolto, riportando la regola di calcolo a quella che era in vigore precedentemente al Codice 2016, con la sola variante di aumentare l'aleatorietà aggiungendo un passaggio finale per finalizzare il calcolo dell'anomalia in cui la soglia calcolata viene decrementata di un valore percentuale legato ad una funzione dei ribassi.

6. *Perché l'esclusione automatica ha stravolto il settore dei lavori pubblici: teoria e evidenza*

Come accennato precedentemente, se le imprese non fossero strategiche e si comportassero in presenza dell'esclusione automatica come in presenza di un prezzo più basso puro, allora questo meccanismo potrebbe anche essere desiderabile. Potrebbe evitare aggravi di costo successivi all'aggiudicazione, dovuti al fatto che il prezzo più basso possa rivelarsi o il frutto della scelta consapevole di un'impresa spregiudicata alla caccia di un contratto da poter poi rinegoziare, o il risultato di un errore nella stima dei costi di un'impresa in buona fede. Questo aveva

[3] Si v. F. Decarolis, C. Giorgiantonio, *Tutela della concorrenza e rispetto delle specificità territoriali negli appalti di lavori pubblici* in *Mercato, Concorrenza, Regole*, XVI, n. 1, 2014, 25 ss. dove sono analizzati i casi relativi ai sistemi introdotti dalla Regione Friuli Venezia Giulia nel 2002, dalla Regione Valle d'Aosta e dalla Regione Sicilia nel 2005, dalla Regione Sardegna nel 2007 e dalle province di Trento e Bolzano, rispettivamente nel 1996 e nel 1998.

in mente sia il legislatore e che quella letteratura nell'ingegneria civile in supporto dei meccanismi di esclusione automatica.

Tuttavia, le imprese sono soggetti altamente strategici e hanno chiara cognizione che, in presenza dell'esclusione automatica, sconti elevati rappresentano una strategia subottimale. A livello teorico, questo è il fondamento stesso della teoria dei giochi su cui tutta la moderna microeconomia si fonda. Ogni impresa, pertanto, cambierà il proprio comportamento per adattarsi non solo alle nuove regole, ma anche a come cambia il comportamento di tutte le altre imprese, stabilizzandosi in un nuovo "equilibrio". Un equilibrio, o meglio un equilibrio di Nash, è una situazione in cui, a fronte di quanto fatto dalle altre imprese, nessuna impresa può trarre vantaggio da un suo cambio unilaterale di comportamento. In particolare, mentre i modelli ingegneristici assumono che l'impresa che offriva il prezzo più basso nelle gare al prezzo più basso puro, continui a comportarsi ugualmente anche dopo l'introduzione dell'esclusione automatica, i modelli economici offrono una previsione opposta: ogni impresa cambierà la propria offerta nel tentativo di non essere quella che offre il prezzo più basso, poiché esso comporta l'esclusione certa dalla gara. Cosa esattamente avverrà dipende dai dettagli delle regole dell'asta: nel caso della regola italiana è possibile dimostrare che, se tutte le imprese competessero, l'unico equilibrio esistente sarebbe quello in cui tutte le imprese, indipendentemente dai loro costi, offrono un ribasso sulla base d'asta pari a zero. Questo significa che tutte le imprese richiedono identicamente il prezzo maggiore che la stazione appaltante è disponibile a offrire e che l'individuazione del vincitore avviene con un'estrazione a sorte. Pertanto, il prezzo per la stazione appaltante è il peggiore possibile e la probabilità che il contratto vada all'impresa più efficiente è potenzialmente molto bassa.

Esiste, inoltre, un ulteriore problema suggerito dalla teoria: se veramente tutte le imprese offrono lo stesso ribasso, allora è estremamente facile per una piccola coalizione di imprese deviare da questo equilibrio, accordandosi su come coordinare le proprie offerte per pilotare la soglia di anomalia e – quindi – l'aggiudicazione. Il risultato è che questa coalizione di imprese, per beneficiare della possibilità di incrementare la propria probabilità di vittoria oltre quanto sarebbe possibile in una lotteria casuale, deve spingere la soglia di anomalia dove non vi sono altre imprese rivali. In sostanza, il risultato – per certi versi sorprendente – è che la presenza di un cartello di imprese produce benefici per la stazione appaltante, abbassando il prezzo di aggiudicazione. Infatti, l'unica forma di competizione possibile in presenza dell'esclusione automatica è quella tra cordate di imprese e non tra imprese singole. Il risultato di tutto ciò è un sistema totalmente distorto, in cui i prezzi offerti dalle imprese non hanno più nessun legame con i costi di produzione, ma servono solo o a pilotare, o a indovinare la

soglia di anomalia. Parimenti, gli investimenti delle imprese non sono più volti al miglioramento della produttività, ma piuttosto alla creazione di molteplici imprese "copie", che permettano all'impresa stessa di avere un numero consistente di offerte da presentare per poter manipolare la soglia di anomalia. L'aggiudicazione favorirà le cordate più larghe e la possibilità di subappaltare il lavoro farà sì che il vincitore possa guadagnare facendo lui ciò che l'asta pubblica non è stata in grado di fare: individuare l'impresa più efficiente sul mercato.

Sintetizzando quanto detto sopra, abbiamo che con l'esclusione automatica:

- se le imprese competessero onestamente, gli sconti precipiterebbero a zero;
- gli incentivi a colludere per pilotare la soglia di aggiudicazione sono fortissimi.

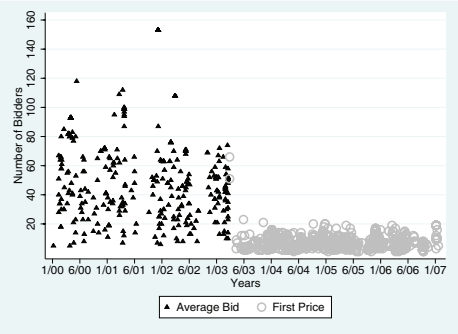
A livello teorico, il legislatore con il nuovo articolo 97 ha quindi compiuto due gravi errori. Il primo è ritenere che il nuovo meccanismo possa combattere la collusione. Questo è palesemente infondato in quanto, proprio l'enorme aleatorietà introdotta dal meccanismo di selezione casuale del criterio offre grandi incentivi a presentarsi in cordata per avere migliori chance di localizzare la propria offerta nella porzione della distribuzione verso cui le offerte della cordata tenderanno a spingere le soglie definite dai vari meccanismi estratti a sorte. In secondo luogo, la collusione è soltanto uno degli effetti collaterali prodotto da un meccanismo che, pure in regime di piena concorrenza, produrrebbe il risultato assurdo e deleterio di sconti identici e pari allo zero percento.

L'evidenza empirica a sostegno di quanto argomentato sopra abbonda. Di seguito si discutono in primis alcuni aspetti che hanno caratterizzato le gare con esclusione automatica svoltesi sotto il sistema in vigore nel periodo 1998-2016. Si passa poi ad illustrare come questi aspetti siano ancora ben visibili nelle gare avvenute sotto il nuovo sistema dell'art. 97, confermando come quest'ultimo non abbia in nessun modo curato i mali prodotti dal metodo precedentemente in vigore. Tre sono le variabili che saranno analizzate: il numero di offerte presentate in gara; i prezzi sia di aggiudicazione che finali; le dinamiche competitive in gara.

i) Numero offerte: le gare al prezzo più basso con esclusione automatica si caratterizzano per un numero incredibilmente elevato di offerte presentate. Ad esempio, è stato quantificato come per categorie omogenee di contratti per lavori stradali (OG3), aggiudicazioni al prezzo più basso siano associate a un numero medio di offerte tra 50 e 60 (con picchi fino a 300 offerte e oltre) quando è applicata l'esclusione automatica, mentre questo numero scende a 7 quando l'esclusione è in contraddittorio[4].

[4] Si v. F. Decarolis, *Awarding Price, Contract Performance and Bids Screening: Evidence from Procurement Auctions*, in *American Economic Journal: Applied Economics,* vol. 6, Iss. 1, 2014, 108 ss.

Gare Comune e Provincia di Torino al passaggio dall'esclusione automatica al contraddittorio	Gare altri comuni capoluogo del Nord passati all'esclusione in contraddittorio



Nelle due figure si riporta quanto avvenuto in termini di numero di offerte al momento del passaggio dall'esclusione automatica all'esclusione in contraddittorio (per gare tutte basate su procedure ordinarie e criterio del prezzo più basso).[5] Nel caso della figura di sinistra, si tratta di gare del Comune e della Provincia di Torino che, come detto, nel 2003 ha abbandonato l'esclusione automatica. I triangoli in nero rappresentano ognuno una gara aggiudicata con esclusione automatica. I cerchi grigi rappresentano invece gare con esclusione in contraddittorio. Sull'asse orizzontale le gare sono disposte in ordine temporale. Sull'asse verticale si può leggere il numero di offerte presentate in gara. Evidente è il crollo nel numero di offerte dopo l'abbandono dell'esclusione automatica. Un *pattern* del tutto identico è visibile nelle gare di una serie di altri comuni capoluogo del Nord che, in seguito alla riforma della «legge de Lise» del 2006 hanno transitato dall'esclusione automatica a quella in contraddittorio.

Per gli anni più recenti i dati ANAC non permettono un'individuazione delle gare con esclusione automatica, ma un'analisi a campione ha permesso di verificare che per il periodo dal 2009 e fino all'entrata in vigore del nuovo codice la situazione è del tutto analoga a quella mostrata nelle figure. Con la sola differenza che, data l'espansione a partire dal 2008 delle procedure negoziate, nei casi di esclusione automatica associata a procedura negoziata, il numero di offerte è significativamente più basso di quello osservato nelle procedure aperte. In particolare, i numeri riscontrati sono del tutto analoghi a quelli osservati dopo l'entra-

[5] Per maggiori dettagli si v. T. Conley, F. Decarolis, *Detecting Bidders Groups in Collusive Auctions,* in *American Economic Journal: Microeconomics,* Vol. 8, n. 2, 2016, 1 ss.

ta in vigore del codice e per cui da un campione causale di bandi OG3 aggiudicati nel 2017 ricavati da Telemat abbiamo le seguenti risultanze relative al numero di offerte presentate:

	Prezzo più basso + Esclusione in contradditorio	**Prezzo più basso + Esclusione automatica**
Procedure ordinarie	Media: 31 Massimo: 36	Media: 98 Massimo: 375
Procedure negoziate	Media: 7 Massimo: 15	Media: 19 Massimo: 137

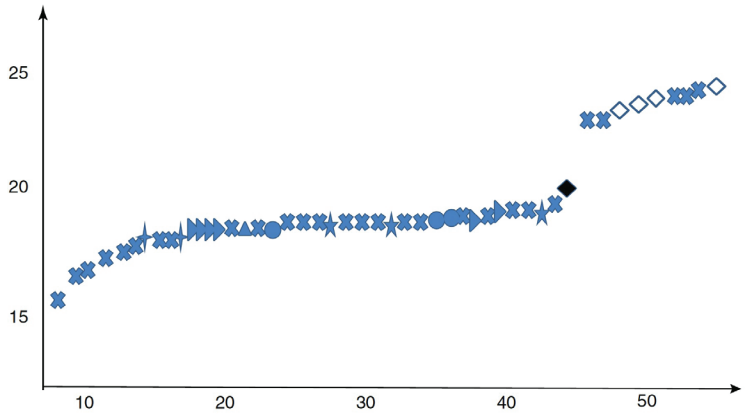
Le semplici statistiche fornite in questa tabella offrono con chiarezza l'immagine di quanto sia avvenuto nell'ultimo anno: un numero straordinariamente alto di offerte viene ancora oggi presentato ogniqualvolta che la stazione appaltante opta per esclusione automatica e procedure aperte. L'adozione di una procedura negoziata in parte riduce il numero di offerte ma resta comunque molto più alto il numero di offerte nelle negoziate con esclusione automatica (in media 19) che nelle ordinarie con esclusione in contraddittorio (in media 7).

ii) Sconti di aggiudicazione e successive rinegoziazioni. In merito agli sconti, bisogna segnalare che fin dall'inizio della raccolta dati da parte di AVCP/ANAC, non è mai stata raccolta dall'autorità di settore evidenza sull'intero set di offerte presentate in gara. Questo può aver contribuito a far passare sotto traccia un fenomeno che risulta invece assolutamente evidente se si visionano gli esiti di gara rilasciati dalle singole stazioni appaltanti: nella stragrande maggioranza dei casi quasi tutti gli sconti presentati in gare simili aggiudicate dalla stessa stazione appaltante sono identici. Il caso estremo è probabilmente rappresentato dagli appalti aggiudicati in Sicilia dove tradizionalmente la quasi totalità degli appalti veniva aggiudicata ad uno sconto identico e pari al 7,3 per cento, con centinaia di offerte nella stessa gara tutte identiche tra loro e conseguente estrazione casuale del vincitore.[6] Questo è esattamente quanto in linea teorica era prevedibile succedesse data la tipologia di incentivi prodotta dal sistema dell'esclusione automatica. È palese come tali sconti non rispondano alla sottostante struttura dei costi delle aziende, ma mostrino semplicemente l'interesse di queste a posizionarsi dove ritengono andrà a cadere la soglia di anomalia. A livello di costi aggiuntivi per la pubblica amministrazione, il caso di Torino è nuovamente utile per quantificare gli effetti

[6] Per maggiori dettagli Si v. F. Decarolis, C. Giorgiantonio, *Tutela della concorrenza e rispetto delle specificità territoriali negli appalti di lavori pubblici* in *Mercato, Concorrenza, Regole*, XVI, n. 1, 2014, 25 ss.

dell'abbandono dell'esclusione automatica. I benefici di questa riforma risultano evidenti in termini di riduzione dei prezzi di aggiudicazione in fase di gara (stimata in uno sconto aggiuntivo del 10% del valore del contratto), di migliore capacità di selezionare l'impresa con i costi di produzione più bassi (efficienza allocativa) e di maggiore contrasto ai fenomeni collusivi tra imprese. Le maggiori criticità di questa transizione riguardano invece l'esposizione delle stazioni appaltanti a maggiori rischi di rinegoziazione del contratto. Ed infatti, per il caso di Torino l'incremento nelle rinegoziazioni riscontrate confrontando prezzo finale a completamento dell'opera e prezzo di aggiudicazione indicano un incremento associato all'abbandono dell'esclusione automatica stimato tra il 3 e il 10% del valore del contratto.[7] L'assenza di dati ANAC affidabili per le aggiudicazioni più recenti rende impossibile replicare questo tipo di analisi per il periodo successivo all'entrata in vigore del Codice, ma la perfetta rispondenza della situazione evidenziata per i dati di Torino con quanto previsto dall'analisi economica suggerisce che quanto appreso da quel caso si possa applicare più in generale a tutte le gare di lavori dove l'esclusione automatica potrebbe essere sostituita dal contraddittorio.

iii) Collusione tra imprese e turbativa d'asta. Come riconosciuto dallo stesso legislatore nella parte iniziale dell'art. 97, la possibilità di manipolazione della soglia di esclusione automatica genera incentivi per le imprese a coordinare le loro offerte. Questo fenomeno di turbativa d'asta è stato riscontrato in un gran numero di casi sanzionati sia dall'AGCM che dall'autorità giudiziaria. Una sentenza essenziale per qualità dell'analisi e solidità delle evidenze probanti presentate è quella con cui il tribunale di Torino (Prima Sezione Penale, sentenza 28 aprile 2008 n. 2549) ha condannato le imprese partecipanti in 8 diversi cartelli intenti a manipolare aste con esclusione automatica tra 1998 e 2003.



[7] Si v. F. Decarolis, *Awarding Price, Contract Performance and Bids Screening: Evidence from Procurement Auctions*, in *American Economic Journal: Applied Economics,* vol. 6, I ss. 1, 2014, 108 ss.

La figura di sopra illustra una situazione rappresentativa riportando per una delle gare oggetto del procedimento penale il valore di tutti gli sconti presentati (sull'asse verticale) per ognuna delle 56 offerte presentate in gara (asse orizzontale). I diversi simboli indicano i diversi cartelli, come individuati dalla sentenza, con il simbolo X a denotare imprese fuori dai cartelli. In questo esempio, a fronte di un valore tipico di aggiudicazione delle gare a Torino del 17 percento, quasi tutte le offerte si piazzano circa al 17 percento. Il cartello rappresentato dal simbolo a rombo, invece, presenta sconti molto più alti (intorno al 25 percento) che mai potranno vincere ma che servono però ad innalzare la soglia di anomalia così che il membro del cartello designato a vincere (il rombo in nero nella figura) possa piazzarsi ad un valore intermedio (circa il 20 percento di sconto) ed effettivamente vincere. Le offerte atte solo a manipolare la soglia di anomalia sono spesso indicate dagli operatori come offerte di sostegno o di supporto. Nel caso della figura, il cartello supponeva di non avere a disposizione un numero sufficientemente alto di offerte per pilotare la soglia di anomalia e quindi si era adoperato per ottenere anche il sostegno di alcuni operatori non strettamente parte del cartello (gli sconti di valore circa del 25 percento indicati con il simbolo X).

Un recente studio scientifico ha sviluppato dei test statistici capaci di individuare gruppi di imprese che coordinano le loro scelte di partecipazione e sconto offerto.[8] Questi test riescono a replicare quanto individuato dalla Corte di Torino nel caso di cartelli noti. Essi sono poi stati applicati ad un campione 800 gare OG3 svoltesi nel Nord Italia nel periodo 2005-2010 per individuare cartelli non ancora identificati da casi giudiziari e, soprattutto, per quantificare il fenomeno della collusione nelle aste con esclusione automatica. Si tratta dello stesso tipo di mercato e sistemi di aggiudicazione del caso di Torino (procedure aperte aggiudicate al prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale). I test individuano tra 5 e 42 cartelli potenziali (su un totale di 4.000 imprese osservate) a seconda di quanto conservativi sono i parametri impostati. Ne risulta che vi è da un minimo del 34% di gare afflitte da collusione (impostando test più restrittivi e con almeno 5 membri del cartello simultaneamente presenti in gara), ad un massimo del 79% di gare afflitte da collusione (impostando test meno restrittivi e richiedendo almeno 3 membri del cartello simultaneamente presenti). I test aiutano anche a capire come, con il passaggio all'esclusione in contraddittorio, molte delle imprese che scompaiono dal mercato siano in realtà imprese «fasulle»: imprese perfettamente legittime sotto il profilo formale, ma create esclusivamente al fine di avere più offerte con cui indovinare (o manipolare) la soglia di ano-

[8] Si v. T. Conley, F. Decarolis, *Detecting Bidders Groups in Collusive Auctions,* in *American Economic Journal: Microeconomics,* vol.8, n. 2, 2016, 1 ss.

malia. Quindi del tutto inutili in caso la stazione appaltante impieghi l'esclusione in contraddittorio.

In conclusione, sebbene ad oggi non esistano, per quanto noto, casi di collusione riscontrati da AGCM o dalla magistratura nelle aste svoltesi con il nuovo metodo di esclusione automatica (ex art. 97), risulta impossibile ritenere questo sistema come efficace per combattere la collusione. Al contrario, la maggiore aleatorietà creata da questa norma dovrebbe spingere a cordate di ancora più ampie dimensioni affinché il cartello riesca ad assicurare con elevata probabilità il movimento della soglia nella parte della distribuzione dove si concentrano le sue offerte. L'elevatissimo numero di offerte riscontrate in gara sembra andare nella direzione suggerita da questa intuizione.

iv) Altri effetti: ATI, subappalti e inefficienza allocativa. Ci sono diversi altri aspetti quantitativamente rilevanti che meriterebbero di essere discussi. Per ragioni di sintesi, solo due, particolarmente salienti sono discussi di seguito:

- ATI (o RTI): il fenomeno delle ATI è stato spesso associato al tema della collusione.[9] In una gara con esclusione automatica, colludere all'interno di un ATI avrebbe poco senso in quanto l'ATI presenta un'offerta singola mentre si è detto che più offerte si hanno a disposizione e più è efficace la manipolazione della soglia di anomalia. A conferma di ciò, l'evidenza indica un forte calo nella frazione di offerte provenienti da ATI e della loro probabilità di vincere in caso di esclusione automatica[10].
- Subappalti e inefficienza allocativa: l'esclusione automatica non garantisce che l'impresa con il costo di esecuzione più basso abbia la probabilità più alta di aggiudicarsi la gara. Che vi sia collusione o meno, un aspetto caratterizzante di questo meccanismo è di non permettere alle imprese con costi particolarmente bassi di sfruttare questo loro vantaggio competitivo. Con esclusione automatica, uno sconto aggressivo porta non solo a bassi profitti in casi di vittoria, ma anche un'alta probabilità di esclusione. Quindi, anche un'impresa con costi molto bassi non può farsi valere in fase di gara. Quello che avviene quindi è un ampio ricorso a posteriori al subappalto (o a forme analoghe di «ri-aggiudicazione» di parte del lavoro) così da sopperire tra privati alle inefficienze dell'allocazione prodotta dal sistema pubblico. L'evidenza conferma la sistematicità di subappalti più elevati in presenza di esclusione automatica. A questo riguardo è stato anche stimato quanto le aggiudicazioni con esclusione automatica producano una perdita netta do-

[9] Per un caso recente si veda AGCM, 6 marzo 2018, *Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata* in *Boll.* 9/2018, 5 ss..

[10] Si v. N. Branzoli , F. Decarolis, *Entry and Subcontracting in Public Procurement Auctions*, in *Management Science*, vol. 61, I, ss. 12, 2015, 2945 ss.

vuta alla selezione di imprese dai costi più alti rispetto alla migliore tra quelle presenti in gara: [11]l'esclusione automatica fallisce nel selezionare l'impresa più efficace in due terzi delle aste (paradossalmente, risultati anche peggiori in assenza di collusione e subappalti) e il costo medio di esecuzione del lavoro a carico del vincitore è di circa un sesto più alto di quello che avrebbe sostenuto l'impresa più efficiente. Questo rappresenta chiaramente uno spreco di risorse e incentiva il proliferare di imprese inefficienti, con effetti nocivi per l'economia a prescindere dall'aggravio dei costi pubblici e della collusione.

7. *Conclusioni e proposte di riforma*

La nuova legislazione sui sistemi di aggiudicazione e, in particolare, sulle gare basate sul criterio del prezzo più basso con applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale è altamente distorsiva sul comportamento delle imprese. La nuova normativa ripropone sotto una veste diversa la stessa ricetta fallimentare sperimentata nei passati venti anni in cui l'impiego sistematico dell'esclusione automatica ha trasformato in negativo la struttura del mercato delle opere pubbliche. La collusione tra imprese nelle aste con esclusione automatica è sistematica, ma si tratta di un mero effetto collaterale di questo sistema i cui danni al tessuto produttivo sono stati ben più ampi. Qualsiasi modifica al metodo di esclusione automatica che, come l'attuale art. 97, mantenga inalterato il disincentivo ad una sana competizione su prezzi (o su prezzi e qualità) non può far altro che spingere le imprese ad abbandonare investimenti virtuosi finalizzati a migliorare i propri costi di produzione per concentrarsi invece su come manipolare o, perlomeno, indovinare la soglia di anomalia.

Serve quindi una riforma più profonda che affronti in modo organico quello che è il principale rischio legato all'introduzione di meccanismi competitivi negli appalti di lavori, ovvero la scarsa qualità nell'esecuzione. Esperienze sia internazionali che nazionali mostrano come si possa agire su molteplici fronti. Si tratta di soluzioni note su cui è impossibile dilungarsi in questa sede ma che meritano comunque di essere perlomeno elencate: un rinnovato sistema di qualificazione SOA, l'introduzione di un rating di impresa, il ricorso alla garanzia globale di assicurazione (*performance bond*[12]), modifiche alla regola di calcolo della soglia

[11] Si v. F. Decarolis, *Comparing Procurement Auctions*, in *International Economic Review,* 59.2, 2018, 391 ss.

[12] Si v. L. Rossetti, *Il Performance Bond*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, t. II, Torino, 1173 ss.

di anomalia al fine di renderla esogena (come d'uso in Corea) e, infine, l'implementazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti.

Ognuno di questi sistemi potrebbe, in parte da solo e in congiunzione con gli altri, dare ottimi risultati. L'essenziale è che il nuovo disegno normativo si collochi all'interno di una visione ampia e coerente non solo del quadro normativo stesso, ma soprattutto degli incentivi che queste norme creano per il comportamento degli operatori. La mancanza di questo tipo di approccio da parte del legislatore spiega il continuo ripetersi di episodi di riforme "fallite". Per meglio chiarire cosa si intenda per riforme fallite basti citare il caso del tentativo di introduzione della garanzia globale di esecuzione nel d.lgs. 163/06. Per come scritta la norma, nella sostanza questa riprendeva in modo solo parziale il modello statunitense del *performance bond* che, privato di aspetti cruciali come il massimale per gli assicuratori, non avrebbe mai potuto funzionare, e così è stato. Altro esempio di riforma fallita nei fatti, ma ancora attiva nella normativa, è quella del sistema di esclusione in contraddittorio, talmente arduo da gestire che in anni recenti perfino il Comune di Torino, che tanto virtuosamente aveva mostrato i danni prodotti dall'esclusione automatica, ha lo ha abbandonato per tornare all'esclusione automatica. Queste riforme mostrano soprattutto una sorprendente mancanza di consapevolezza da parte di chi scrive le norme degli effetti che esse producono e la mancanza di un processo virtuoso di trasmissione delle informazioni che dalla pratica delle singole stazioni appaltanti possa tradursi in evidenze capaci di guidare un' azione riformatrice efficace.

Appalti di lavori pubblici: aspetti problematici della legislazione in materia di selezione delle offerte e loro impatto sul settore

Lo scritto esamina i legami fra i temi giuridici e quelli di natura economica sugli effetti prodotti dalla legislazione esistente in materia di selezione delle offerte nel settore dei lavori pubblici.
La prima parte dello scritto riporta la situazione normativa attuale e la sua evoluzione a partire dal 1994. La seconda parte tratta dell'impatto sia teorico che pratico dei diversi sistemi di aggiudicazione e più precisamente delle straordinarie distorsioni prodotte da meccanismi basati su aggiudicazione al prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale. Le conclusioni presentano alcune indicazioni per una possibile riforma del sistema.

Works procurement auctions: legislation's issues in the awarding process and their impacts on the sector

The article examines the links between jurisprudence and economic considerations on the effects produced by the existing legislation of the awarding process in procurement auctions for works.
The first part of the article reports the current regulation and its evolution since 1994.
The second part deals with both the theoretical and practical impacts of different awarding mechanisms and, more precisely, with the extraordinary distortions of those featuring entailing the provision of algorithmic rules for the automatic elimination of abnormally low tenders. Conclusions provide some indications for a possible reform of the system.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 329-360

Articoli e saggi

Anticorruption Measures in Public Procurement: Issues and Challenges

Biancamaria Raganelli, Ilenia Mauro*

Index: 1. Corruption, Human Rights and Economic Implications. – 2. International anti-corruption instruments. – 3. French and Italian models compared. – 4. UK model: The Common law approach. – 5. Preventive anti-corruption measures in Europe. Private and Public ethics and compliance programs. – 6. Contract renegotiation and risk of corruption. – 7. Final remarks.

1. *Corruption, Human Rights and Economic Implications*

How to ensure integrity, accountability, and transparency of public authorities and economic operators across countries?

According to the Transparency International definition, corruption is the «abuse of entrusted power for private gain»[1]. World Bank – by referring to the definition adopted by the United Nation's Global Program against Corruption – specified that corruption involves such acts as bribery to circumvent public poli-

* Biancamaria Raganelli is Associated Professor of Law and Economics at University of Rome Tor vergata; Ilenia Mauro is Company Lawyer. This work has been jointly planned and developed. However sections 1, 2, 5, 6, 7 can be assigned to the responsibility of the first author, while sections 3 and 4 to the responsibility of the second. A first draft of the research paper has been discussed at 2016 Icon.s Conference in Berlin, Humboldt University, June 17-19.

[1] The United Nations Convention against Corruption (UNCAC) is a multilateral convention negotiated in 2003 by members of the United Nations. It is the first global legally binding international anti-corruption instrument. Corruption can be classified, given the International Transparency definition, as grand, petty and political, depending on the sector where it occurs. Grand corruption consists of acts committed at a high level of government that distort policies or the central functioning of the states, enabling leaders to benefit at the expense of the public good. Petty corruption refers to everyday abuse of entrusted power by low and mid-level public officials in their interactions with ordinary citizens. Political corruption indeed refers to a manipulation of policies, institutions and rules of procedure in the allocation of resources and financing by political decision makers, who abuse their position to sustain their power, status and wealth. M. Racca, C. Perin, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty, Ius Publicum Network Review,* 3-4.

cies, through patronage and nepotism, the theft of public resources, or through the diversion of state resource[2]. Such definition mainly covers bureaucratic/public sector corruption, and particularly emphasises phenomena such as administrative bribes and kickbacks[3].

Corruption follows the unofficial laws of the market, thereby circumventing the rule of law that is a necessary condition for the respect of human rights. The fight against bribery has become a universal issue in several countries. Moreover, considering the importance of international trade for global economic growth, the costs generated by non-tariff barriers – such as those related to the lack of integrity in border control and customs administrations – can be quite significant for the public and private sectors, and for citizens and society as a whole[4]. Indeed, corruption is considered one of the most serious crimes with a cross-border dimension[5].

The lack of integrity and corruption affect human rights and the market, and are an issue in Public Procurement (PP). Non-transparent economic interests supported by lobbies and conflicts of interests may influence the legislation, its implementation, competition and, ultimately, the economic growth and competitiveness of the market itself.

Some scholars consider corruption a «grease the wheels» instrument. In this perspective, it helps to overcome cumbersome bureaucratic constraints, inefficient provision of public services, and rigid laws, especially when countries' institutions are weak and function poorly[6]. Some have highlighted the effects of cor-

[2] Background Document for the 2016 OECD Integrity Forum: *Fighting the hidden tariff: Global trade without corruption*, 19-20 April 2016, OECD Conference Center, Paris, 9-10.

[3] Sometimes a distinction is made between «bribes» and «facilitation payments», where the latter refers to smaller amounts paid to usually lower level officials to accelerate or facilitate a decision. Indeed, a kickback typically occurs when a company that wins a public contract «kickback» a bribe to the government official(s) who influenced the awarding of the contract to that company. PwC, Ecorys, with support of Utrecht University, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 30 June 2013, 56.

[4] Loss of revenue caused by customs-related corruption is estimated to cost World Customs Organization (WCO) members at least USD 2 billion in customs revenue each year, with India losing USD 334 million and Russia USD 223 million. Considering the size of their economies, import revenue losses due to corruption in customs are substantial in Eastern Europe and Africa. *Fighting the hidden tariff: Global trade without corruption, cit.,* 54.

[5] M. Racca, C. Perin, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, cit., 12. See also, V. Mongillo, *La repressione della corruzione internazionale: costanti criminologiche e qustioni applicative*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2016, vol. 10, 1320.

[6] S.P. Huntington, *Political Order in Changing Societies*, New Haven:,1968; F. Lui, *An equilibrium queuing model of bribery,* in *Journal of Political Economy*, 1985, vol. 93, 760-781, D-H D. Lein, *A note on competitive bribery games,* in *Economics Letters,* 1986, vol. 22(4), 337-341, D. Acemoglu, T.Verdier, *The choice between market failure and corruption*, in *The American Economic Review, 2000, vol.* 90(1), 194-211; P.G. Meon, L. Weill, *Is corruption an efficient grease?*, in *World Development*, 2010, 38(3). Others argue that corruption only reduces economic performance. This is due to rent seeking, an increase of transaction costs and uncertainty, inefficient investments, and misallocation of production factors (K. Murphy, A. Shleifer, R. Vishny, *The allocation of talent: Implications for growth*, in *Quarterly Journal of Economics,* 1991, vol. 106, 503-530; S. Rose-

ruption on economic performance, and consider them as strong constraints on growth and development. Data shows that bribery behaviours are widespread in Europe, and more significantly in southern countries.

According to Transparency International's Global Corruption Barometer, perceptions of corruption and faith in governmental institutions are on the rise in the region, in particular in Greece, Italy and Spain. However, according to part of the literature, there is no linear relationship between corruption and economic growth in regimes rated as «free» by Freedom House[7]. The growth-maximizing level of corruption – in the so called "free countries" – is significantly greater than zero, with corruption being beneficial to economic growth at low levels of incidence, while abnormally high levels of corruption are detrimental, regardless of the government type.

Last but not least, the quality of the institutions in a given Country is a major determinant of the effects of corruption[8].

In countries with deficient institutions, corruption has little to no effect on economic growth, because voters cannot punish corrupt politicians, while researchers concluded that in countries with relatively strong democratic institutions, corruption does damage growth, but economic growth itself is a strong guarantor of reducing corruption, because it means that the resource base from which leaders extract rents expands over time. This makes them more eager to hold on to political power and creates a positive feedback loop between economic growth and corruption: high growth reduces corruption, which increases growth.

Corruption impacts societies in a multitude of ways, and has an important human rights dimension[9]. Only recently has a human rights perspective been introduced in the anti-corruption narrative[10]. Its costs impact on different

---

Ackerman, *The political economy of corruption*, in Elliot (ed.), *Corruption and the Global Economy*, Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1997, 31-60) that come with corruption. A third stream finds ambiguous effects of corruption can be illustrated with respect to public finances in new EU member states. J. Hanousek, E. Kočenda, *Public investments and fiscal performance in new EU member states*, in *Fiscal Studies*, 2011, 32(1), 43-72, show that reductions in corruption either increase or decrease public investment, depending on the country and its institutions.

[7] F. Mendez, F. Sepulveda, *Corruption, growth and political regimes: Cross country evidence*, in *European Journal of Political Economy*, 2006, vol. 22, issue 1, 82 ss.

[8] T. Aidt, J. Dutta, V. J. Sena, *Governance regimes, corruption and growth: theory and evidence*, in *Journal of Comparative Economics*, vol. 36, no. 2, 195-220.

[9] The UNCAC not only underlines the economic consequences of corruption but also the developmental and political impacts. It refers to the impact on ethical values and justice, but there is no explicit reference to the impact of corruption on human rights. See e.g., Council of Europe, Recommendation No. R 2003(4), preamble.

J. Wouters, C. Ryngaert, A. S. Cloots, *The Fight Against Corruption in International Law,* Working Paper No. 94 - July 2012, 13.

[10] Official corruption is typically understood as a means by which established human rights are violated, but not as a direct violation. The major rights conventions, including the United Nations Universal Declaration of Human Rights and regional conventions adopted in Europe, Africa or Asia, do not include freedom from

aspects, including political, economic, social and environmental ones. It may occur in several different fields, thus affecting both the public and private sectors, including the health system, climate change, education, humanitarian assistance, PP, the legal system, or politics and government. Moreover, corruption crucially affects the development of Third-World countries. Actually, briberies as well as different indirect forms of corruption are barriers to the development process of those countries, which are difficult to fight. Worldwide, over the last decade, corruption has been placed special focus on the development and political economy debate. It has been seen as a primary impediment to growth, with dramatic consequences in the developing world.[11]

The phenomena of corruption in its different forms and implications – such as lobbying and conflict of interests for example – could potentially build new kinds of borders and boundaries in the economy and in the market. Those include real barriers, new walls aiming at keeping economic interests and groups within the market and society separate. They are negative borders and boundaries, affecting human rights and the market, with dangerous implications on growth, development and employment.

On the other hand, there are traditional borders and boundaries among Countries that need to be crossed if we want to prevent and fight corruption successfully. An increasingly popular way for some States to prevent bribery committed overseas is adopting measures with extraterritorial implications, or asserting direct extraterritorial jurisdiction in specific instances. Such measures may affect companies on the international market, and clearly show a difference in the strategies of the so-called «zero-tolerance» countries compared to the «more tolerant» ones.

The first part of the paper investigates two different profiles linked to the same phenomena, with a comparative approach. The legal boundaries of lobbying combined with conflicts of interest and corruption, on the one hand; the effects of some extraterritorial legislation, such as the UK anti-bribery model, on the other hand. It analyses the role of private and public preventive anti-corruption measures as a means of action in the international market. The aim is to contribute to the current debate in the literature, aiming at developing a model supporting integrity in PP, in order to prevent corruption and its implications (as well as conflict of interests and lobbying) and their negative externalities; and to mitigate the negative externalities linked to the measures adopted by the zero-tolerance Countries.

"official corruption" among their enumerated rights. In addition, the prevalent international anti-corruption agreements, such as the UNCAC and the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, do not frame official corruption as a rights violation.

[11] OECD, *Fighting the hidden tariff: Global trade without corruption*, 19-20 April 2016, Paris, cit., 58

The second part of the paper will deal with the renegotiation issue linked to the risk of corruption. It investigates the tendering process, with special focus being placed on the selection stage and the risk of corruption related to the submission of overly aggressive offers designed solely to ensure selection, with the hidden purpose of renegotiating the contract at a later stage.

2. *International anti-corruption instruments*

A community of values is growing in the wider context of transnational and international bodies such as the OECD, the UN, and in single Member States, to promote a joint system against corruption, but it still needs clear means of actions.

Over the last decade, some efforts have been made to reduce corruption at an international level[12].

In the European Union, corruption remains one of the biggest challenges for all societies.[13] Corruption allows the creation of a kind of barriers that build new borders and constrains within the single market. In this perspective, it restricts the four fundamental freedoms established in the year 2000 Charter of Fundamental Rights of the European Union[14].

The Treaty on the Functioning of the European Union recognizes that corruption is a serious crime with a cross-border dimension, and art. 83(1) includes it among those crimes for which directives providing minimum rules on definition of criminal offences and sanctions may be established. In particular, the EU should ensure a high level of security, including by preventing and combating serious crimes, which are often linked to corruption and cannot be addressed by the EU Member States alone. In this perspective, the recent EU Anti-Corruption Report confirms that this objective «cannot be sufficiently achieved by the Member States» and will require an intervention at the Union level.

---

[12] «A basic condition for corruption control is a viable legal framework and an institutional structure that enforces the law without accusations of political favouritism or arbitrariness» (UNDP, 1997:58).

[13] M. Racca, C. Perin, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, 10.

[14] The Charter of Fundamental Rights of the European Union is a legally binding document that contains a list of human rights recognised by the European Union. It was drafted by the European Convention in 1999 and solemnly proclaimed on 7 December 2000 by the European Parliament, the Council of Ministers and the European Commission. Following the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009 the fundamental rights charter has the same legal value as the European Union treaties.

The European anti-corruption framework is based on the accession[15] of the EU to the United Nations Convention against Corruption (UNCAC), on the role played by Transparency International, and on the joining of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. The setting up of Transparency International in 1993 was the first crucial milestone in terms of the work of civil society organizations and networks, both national and international, dedicated to controlling corruption.[16]

The implementation of the anti-corruption legal framework remains uneven in the various EU Member States and, overall, unsatisfactory. The EU anti-corruption legislation has not been implemented in all Member States. Prior to the entry into force of the TFEU, the Commission had no power to take legal action against those Member States that did not implement measures adopted under the Third Pillar of the Treaty. Since December 1st, 2009, instead, it is possible for the Commission to take such legal actions pursuant to Art. 10 of Protocol No. 36 on Transitional Provisions of the Treaty of Lisbon.

From a national point of view, some countries have still not ratified the most important international anti-corruption instruments and, even where anti-corruption institutions and legislations are in place, there are strong weaknesses on the enforcement side. It is now clear that finding appropriate tools and solutions to tackle corrupt practices in trade is not a simple «endeavour», and there is no single fix solution. The need has been underlined to establish and enforce clear provisions against bribery and corruption for both public and private sectors, in order to promote integrity, facilitate trade, ensure a more effective distribution of benefits, and contribute to sustainable, fair, and inclusive economic growth[17].

As stated in a 1999 OECD survey, PP is the mostly affected sector by corruption and collusion[18]. The allocation of public resources in the public interest through public contracts and procurement functions provides a large number of oppor-

[15] Three types of legislation are most often used by EU countries to prohibit certain behaviour and impose related penalties: (1) criminal provisions against specified types of corruption, (2) most countries reported civil service legislation that establishes obligations applying specifically to public officials; and (3) some countries also included general law provisions which had the effect of corruption prevention. OECD, *An International survey of prevention measures*, Corruption, Public Sector, 1999.

[16] The Convention draws the attention to the need for co-operative multilateral action in controlling corruption. However, there is a growing awareness of the role that sound domestic governance plays in effective action against corruption, and OECD Member countries are also taking individual, domestic action against corruption. *An International survey of prevention measures*, Corruption, Public Sector, OECD 1999.

[17] *Fighting the hidden tariff: Global trade without corruption*, 19-20 April 2016, OECD Conference Center, Paris, 58.

[18] Collusion involves a horizontal relationship between bidders in a PP, who conspire to remove the element of competition from the process. Bid rigging is the typical mechanism of collusion in public contracts. The OECD acknowledges that vertical corruption and horizontal collusion are distinct problems within procurement. However, corruption and collusion will frequently occur in tandem and have mutually reinforcing effects.

tunities for corruption. Hence, PP has been targeted by various national, international, and multilateral anti-corruption initiatives as an area in need for reform[19].

In PP, corruption can add as much as 50% to a project's cost, while reducing the quality of works or services. However, until 2014, the EU legal framework on PP did not include any specific provisions on the prevention and sanctioning of conflicts of interest, as it only included few specific provisions on sanctioning favouritism and corruption. The 2014 Directives on public contracts and concessions tried to bridge the gap[20], but there is still a long way to go.

An holistic approach for risk mitigation and corruption prevention is suggested by OECD Recommendation on Public Procurement[21], highlights several mutually supportive principles which may, directly or indirectly, prevent corruption and stimulate good governance and accountability in public procurement. These principles include integrity, transparency, stakeholder participation, accessibility, e-procurement, oversight and control.

Integrity refers to upholding ethical standards and moral values of honesty, professionalism and righteousness, and it is a cornerstone for ensuring fairness, non-discrimination and compliance in the public procurement process. Therefore, safeguarding integrity of actors in the procurement process may significantly reduce corruption risks. Some European Countries apply national integrity standards for all public officials, for example through civil service regulation or a generic code of conduct outlining the standards and expectations for good conduct of civil servants; and sometimes a dedicated government department is responsible for developing, updating and diffusing the code of conduct, and may provide advice supporting the implementation of the code.

---

[19] PP is often subject to the ordinary private law of the state concerned. This is the position in the United Kingdom, for example. However, where that is the case there are often special and additional rules, which apply to government contracts; this is especially so in relation to the formation of government contracts, where special «administrative law» rules on tendering procedures often apply. In other countries, PP contracts are subject to a body of rules, wholly separate from private contracts. This is the case in France where government procurement contracts are subject to a distinct «droit administratif» regulating both the formation and execution of the contract. S. Arrowsmith, *Public Procurement: basic concepts and the coverage of procurement rules*, cit., 4.

[20] Firstly, the new rules will make it easier and cheaper for small and medium-sized enterprises to bid for public contracts, as well as it will ensure the best value for money for public purchases and moreover will respect the EU's general principles of transparency and competition. To encourage progress towards particular public policy objectives, the new rules also allow for environmental and social considerations, as well as innovation aspects to be taken into account when awarding public contracts. See European Commission on http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/index_en.htm

[21] OECD, *Preventing corruption in Public Procurement*, 2016. The motivation for an «holistic approach» is that «integrity risks exist throughout the public procurement process, so focusing integrity measures solely on one step in the process may increase risks in other stages. Similarly, addressing only one type of risks may give leeway to integrity violations through other mechanisms. For example, administrative compliance measures in the bidding phase do not root out the risk for political interference in the identification of needs. Likewise, asset declarations for procurement officials may not sufficiently protect against bid- rigging or petty fraud».

Specific standards for procurement officials may mitigate the specific risks related to the complexity and characteristics of the public procurement process. Most common conflict of interest situations are related to personal, family or business interests or activities, gifts and hospitality, disclosure of confidential information, and future employment. Therefore, some additional standards may include provisions on asset declaration requirements, whistleblowing procedures, and protection measures for whistleblowers. Several OECD countries have introduced specific codes of conduct for procurement officials[22], often linked to specific guides and training, to help procurement officials apply these standards in their daily practice[23].

Transparency in public procurement is essential because promotes accountability, ensures access to information, and plays an important role in levelling the playing field for businesses and allowing small and medium enterprises to participate on a more equal footing. The OECD Recommendation on Public Integrity recommends to safeguard integrity and the public interest at all stages of the policy process, promoting transparency and open government, including actively ensuring full access to information and open data, along with active and timely responses to request for information. For an effective accountability several conditional factors are required, such as so-called watchdog, data availability needs to be paired with timeliness, data quality, processing capacity, effective reporting and whistleblower channels[24]. An appropriate degree of information requires for governments to strike a balance between ensuring accountability and competition on the one hand and on the other hand protecting trade secrets and respecting the confidentiality of information.

A large range of stakeholders are involved in the procurement process, including anti-corruption offices, private sector organisations, end-users, civil society,

[22] The Anti-Corruption Strategy of the Austrian Federal Procurement Agency Integrity is at the heart of the Anti-Corruption Strategy developed by the Austrian Federal Procurement Agency (BBG), and embodied by setting precise organisational procedures (clear definition of roles and structures); integrating anti-corruption measures in the workday life; constantly reassessing and improving the strategy and awareness of staff. The Strategy contains an explicit regulation of the main values and strategies regarding prevention of corruption, clear definition of grey areas (e.g. the difference between customer care and corruption), clear rules on accepting gifts, as well as rules on additional employment. The Strategy also offers the employees a clear view on emergency management.

[23] The idea is that ethics or integrity training for public officials, and procurement officials in particular, can raise awareness, develop knowledge and commitment and foster a culture of integrity in public organisations. Specialised training for public procurement is provided by France. The Central Service of Corruption Prevention, an inter-ministerial body attached to the French Ministry of Justice, has developed training material for public procurement to help officials identify irregularities and corruption in procurement.

[24] As a minimum, adequate and timely information may be provided about upcoming contracts as well as contract notices and information about the status of ongoing procurement processes. Additional information such as the average procurement duration, justification of exceptions and specific overview records by type of bidding procedure may further enable external parties to scrutinize public procurement practice.

the media and the general public. A direct social control is possible by involving citizens at critical stages of the procurement process and has been introduced in several OECD Countries. Open and regular dialogue with suppliers and business associations can reinforce mutual understanding of factors shaping public markets[25].

In order to get the best value for money through fair competition, access to public procurement contracts by potential companies of all sizes is important.

Participation in public procurement by small and medium enterprises (SMEs) may be facilitated in several ways through streamlining tendering procedures and reducing bureaucracy (so called SMEs friendly procurement) and thought positive actions (such as set asides commonly used in United Stated, but debated in Europe). These measures may level the playing field among businesses and at the same time cut out opportunities for corruption. In order to ensure fair competition and to sanction corrupt practices, companies with a proven track record of integrity breaches can be excluded from access to public procurement contracts[26]. The 2014 European Union directives put a lot of effort to support SMEs thought PP, even if not all member States have reacted with the effort. Many countries have adopted tools to reduce corruption while reinforcing competition and efficiency in procurement procedures[27].

Also e-procurement, the use of information and communication technologies in public procurement, can increase transparency, facilitate access to public tenders, reduce direct interaction between procurement officials and companies, increasing outreach and competition, and allow for easier detection of irregulari-

[25] The Chief Acquisition Officers Council in the United States has institutionalised the dialogue with external stakeholders. In 2014, the Chief Acquisition Officers Council (CAOC), in coordination with the Federal Acquisition Regulatory Council, the Chief Information Officers Council, and the Office of Management and Budget's (OMB) Office of Federal Procurement Policy (OFPP), created an online platform to allow stakeholders to discuss problems, barriers and possible solutions associated with the federal acquisition process. The aim is to identify improvements to the public procurement cycle and the management of public contracts to improve the efficiency of the federal acquisition system by identifying impactful steps to make it easier for government agencies to do business with companies and enter into contracts.

[26] As highlighted by the report Corruption Prevention to Foster Small and Medium Sized Enterprises Development (UNIDO & UNODC, 2007), SMEs are more susceptible to bureaucratic corruption than larger companies, because of their structure (e.g. a greater degree of informality and fewer accountability mechanisms); a vision and perspective that focus on short term implications of entering into corrupt transactions (as opposed to larger companies, SMEs may be less concerned about reputation and other long-term negative impacts of corruption); limited financial resources; their inability to wield influence over officials and institutions as they lack bargaining power to oppose requests for illegal payments from public officials.

[27] Spain has introduced a self-declaration system facilitates participation of SMEs in public procurement; Italy runs a training programme to empower SMEs in the area of public procurement. The project consists of a network of dedicated training desks over the country. The central purchasing agency (Consip) experts train trainers from the business associations, who will subsequently guide and coach local MSMEs on the use of electronic procurement tools. Ireland has consultation and review mechanisms in place to tailor the procedures to SME needs.

ties and corruption, such as bid rigging schemes. According to OECD, the digitalisation of procurement processes strengthens internal anti-corruption controls and detection of integrity breaches, and it provides audit services trails that may facilitate investigation activities[28].

Last but not least in supporting accountability and promoting integrity in the public procurement process are essential the oversight and control of the procurement cycle, processes generating valuable evidence on the performance and efficiency of the procurement cycle. The basis for an adequate oversight and control system is a risk analysis of the government process and its environment in question. Proportional sanctions following the detection of illicit behaviour through oversight and control activities may act as an effective deterrent to engage into corrupt behaviour.

The 2015 OECD Recommendation of the Council on Public Procurement encourages adherents to apply oversight and control mechanisms to support accountability throughout the public procurement cycle, including appropriate processes for complaint handling and sanctions.

At European level the legal framework on remedies is found in the following Remedies Directives[29], providing harmonised legal actions available to economic operators who participate in contract award procedures, which allow them to request the enforcement of the public procurement rules and the protection of their rights under them in cases where contracting authorities, intentionally or unintentionally, fail to comply with the law.

At an international level, the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials (OECD Convention) entered into force in 1999, and only covers corruption to the extent it is related to business transactions. Moreover, it only covers «active» corruption[30]. Only in 2003, did the UN Convention against Corruption target the passive side of the phenomenon. Moreover, while the OECD Convention only referred to corrupt practices in transnational busi-

[28] The e-procurement system KONEPS in Korea is an example of an integrated online platform for procurement. United States is working to build the right supplier relationships and focuses on doing business with contractors who place a premium on integrity, performance and quality. To this end, government agencies have been directed to improve the quantity, quality, and utilization of vendor performance information through the use of two systems.

[29] Directive 89/665/EEC regulates remedies available to economic operators during public sector contract award procedures and directive 92/13/EEC regulates remedies available to economic operators during utilities contract award procedures, amended by Directive 2007/66/EC which introduced two main features. The aim is to allow irregularities occurring in contract award procedures to be challenged and corrected as soon as they occur, therefore to increase the lawfulness and transparency of such procedures, build confidence among businesses and facilitate the opening of local public contracts markets to competition from all over Europe.

[30] As laid down in the Action Plan of 28 April 1997 to fight against the organized crime, articles 2 and 3. Both these definitions of active and passive corruption fit into the OECD definition of corruption. This distinction is relevant for development, implementation and evaluation of anti-corruption measures.

ness transactions, the UN Convention against Corruption (UNCAC) also covers corruption beyond transnational business transactions[31]. In this perspective, the Preamble to the UNCAC refers to the detrimental effects of corruption on political stability, on the rule of law, on ethical values and democracy; while the OECD Convention mainly focused on the market distorting effects of corruption.

The UNCAC[32] is also open for signature by regional economic integration organizations, provided that at least one Member State of such organizations has signed the Convention. The European Union signed the Convention on 15 September 2005, and ratified it on 12 November 2008. Currently, it is the only regional economic integration organization that is party to the Convention. Despite its innovative approach, the UNCAC monitoring was not ground-breaking. It merely established a Conference of State Parties with the aim of «regularly» monitoring the implementation of the Convention. It requires the State Parties to set up domestic corruption-preventing and corruption-combating bodies. In order to be effective, such bodies should meet the requirements laid down by the Convention as, inter alia, independence, adequate resources, training, and specialization.

According to an OECD study[33], those anti-corruption bodies should focus at least on four areas of anti-corruption efforts[34]. Some States have adopted multi-agency models, which focus on strengthening anti-corruption measures in existing governmental agencies (e.g. the US, UK, Russia, India, and South Africa), while other countries opted for the single-agency model, which gives one anti-corruption agency the primary responsibility of implementing an anti-corruption program (e.g. Hong Kong, Chile, Korea, and Thailand). There are also countries where the strength of internal monitoring by governmental agencies is mixed[35].

In fighting corruption offences worldwide, huge efforts have also been made by private initiatives. Established by a former World Bank Director in 1993, the Transparency International NGO has been the driving force behind the global anti-corruption movement. Its most influential corruption tool is the Corrup-

[31] UNCAC criminalized not only basic forms of corruption such as bribery and embezzlement of public funds, but also trading in influence and concealment and laundering of the proceeds of corruption. The document also makes references to various discrete human rights, and highlights the collateral impact of anti-corruption enforcement measures on other rights. UNCAC, however, generally avoids taking position on the relationship between corruption itself and human rights.

[32] It was adopted by the UN General Assembly on 31 October 2003 and was opened for signature in Merida, Mexico on 9-11 December 2003. It entered into force two years later, on 14 December 2005.

[33] Specialised anti-corruption institutions – Review of Models, above note 49.

[34] (1) Policy development, research, monitoring and co-ordination; (2) Prevention of corruption in power structures; (3) Education and awareness raising; and (4) Investigation and prosecution.

[35] One example of such strong internal monitoring is the municipality of Amsterdam, which launched its special Integrity Bureau more than a decade ago. See http://www.amsterdam.nl/gemeente/organisatie-diensten/integriteit-0/bureau- integriteit/2011/jaarverslag-2010.

tion Perception Index[36]. In addition to the CPI, TI publishes a Bribe Payers Index (BPI)[37] and a Global Corruption Barometer (GCB)[38]. Moreover, already in 1977, the International Chamber of Commerce (ICG) adopted its first set of flagship rules against corruption[39].

In the last decades, the European Union has also been broadening its focus on anti-corruption policies[40], but despite the effort, data shows a low level of trust of EU citizens in the EU ability to fight corruption. Major efforts are expected in this direction, while adequate EU legislation, mechanisms and standards against corruption are needed to tackle the issue at its roots[41]. As it has already been pointed out, civil society has a key role to play in preventing and combating corruption offences, which ranges from monitoring PP and services to denouncing bribery and raising awareness of the risks of wasting public money[42]. The international anti-corruption legal framework has been substantially strengthened in the past two decades, with impressive progress being made at both global and regional levels. Nevertheless, the work is far from being over.

Since the various anti-corruption instruments were rather fragmented and due to the idea that streamlining a coherent anti-corruption policy in all its activities would have enhanced success on this issue, the EU has developed a comprehensive anti-corruption framework[43], focused on the enforcement of existing

[36] The CPI ranks countries according to their perceived level of corruption, based on polls with, to a large extent, international business people and experts. However, critics have argued that such a ranking is misleading, as the perceived level of corruption does not necessarily reflect the actual degree of corruption.

[37] The BPI provides a ranking of leading exporting countries according to the perceived likelihood of their firms to bribe abroad. It is based on a survey of business executives focusing on the business practices of foreign firms in their country.

[38] The GCB is based on surveys of around 90,000 households in almost 90 countries, and does not provide a ranking.

[39] The ICG rules on Combating Corruption serve as self-regulatory rules for companies and are described as «good commercial practices in fighting corruption».

[40] In 1995, the Council adopted the Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interests (EU Convention) which covers the misappropriation of EU funds though fraudulent statements or false documents. It entered into force on 17 October 2002. In 1996, a Protocol to the Convention was adopted. In 1997, the Convention on the Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union was adopted. On 22 July 2003, the Council adopted Framework Decision 2003/568/JHA on Combating Corruption in the Private Sector, covering business activities within profit and non-profit entities.

[41] See http://www.transparencyinternational.eu/focus_areas/eu-anti-corruption/.

[42] G. Racca, Perin, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in *Ius Publicum*, 14.

[43] In a Decision of October 2008 the Commission set up a network of contact points of the Member States, in order to improve cooperation between authorities in combating corruption in Europe. Finally, in 2011, the Commission adopted a proposal for harmonized procurement rules, including anti-corruption safeguards. In the same year, it also issued a new communication. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Fighting Corruption in the EU, 6 June 2011, COM(2011) 308 final.

instruments[44]. The communication set up a new EU Anti-Corruption Report mechanism[45], with the aim to work closely together with GRECO[46], the anti-corruption enforcement mechanism of the Council of Europe,[47] and to avoid overlapping reporting mechanism[48].

3. *French and Italian Models Compared*

Under the French law, corruption and conflicts of interests have many legal qualifications: active and passive corruption, influence peddling and conflicts of interest.[49] It is not possible to assimilate corruption, lobbying and conflicts of interest. The object of the three practices can be the same, but their aims are different. Lobbying has been defined as an influential action, motivated by particular, category-specific and divisive interests, which is brought to the attention of a particular public officer or a producing branch of imperative legal rules without any counterpart[50]. In other words, lobbyists solicit administrative or legal protection for their particular interests.

At an international level, conflicts of interests are defined as conflict between the public duty and private interests of a public official, in which the public official has private-capacity interests, which could improperly influence the performance of his/her official duties and responsibilities[51]. Within the procurement procedure, conflicts of interest may occur at any stage of the process, regardless

[44] The idea behind this communication is that, at the time there was an adequate anti-corruption framework on the international and European level, but the main challenge was related to the enforcement of the existing provisions.

[45] As of 2013, the EU will release a report every two years, with a dual goal. First, it will provide a «diagnosis» of corruption challenges in the EU. Secondly, the report will highlight specific issue in each Member State, according to country analyses.

[46] The Group of States against Corruption is the Council of Europe's anti-corruption monitoring body, headquartered in Strasbourg. It was established in 1999, it currently has 49 members, including two States that are not members of the Council of Europe (the United States and Belarus). GRECO's objective is to improve the capacity of its members to fight corruption by monitoring their compliance with Council of Europe anti-corruption standards though a dynamic process of mutual evaluation and peer pressure.

[47] As is known, the general focus of the Council of Europe (CoE) lies on the development of common and democratic principles in Europe, as well as on rule of law and human rights. On 6 November 1997, the Committee of Ministers of the CoE adopted the Twenty Guiding Principles for the Fight against Corruption.

[48] «Commission steps up efforts to forge a comprehensive anti-corruption policy at EU level», E O 11/376, press release of 6 June 2011.

[49] Criminal code, art 432-11 & 433-1, 433-2.

[50] G. Houillon, *Corruption and conflicts of interest: Future prospects on lobbying*, in *Corruption and Conflicts of Interest, A Comparative Law Approach*, edited by J.B. Auby, E. Brenn, T. Perroud, Cheltenham, 2014.

[51] OECD (2003) Recommendation of the Council on Guidelines for Managing Conflict of Interests in the Public Service. Academic Authors point out that a conflict of interests can be actual, apparent or potential. S. White, *Footprints in the sand: regulating conflict of interests at EU level*, in J.B. Auby, E. Breen, T. Perroud, *Corruption and Conflict of Interest: Comparative Law Approach*, 2014.

of whether the procedure is open, restricted or negotiated. They arise at the time of defining the specifications of a project and the awarding criteria, or at the verification and selection stage or, lastly, at the awarding stage.

The necessity to establish legal boundaries between the three above-mentioned practices stems from the fact that corruption and conflicts of interest are regulated by *law*, whereas lobbying still remains in the domain of *facts.* Hence, it is necessary to define the cases in which defending a particular interest with public authorities, which is allowed by law, exceeds permissible limits and becomes an unlawful behaviour.

As a matter of urgency, the French policy-maker adopted two laws: the *Loi organique* n° 2013-906 and n° 2013-907 of 11 October 2013 on Transparency in public life. Awareness is raised on the need for a preventive approach in the fight against conflicts of interest, as opposed to the repressive method that has been used so far.

The first requirement is the obligation of restraint imposed on the members of the Government or of the Committee of Independent Authorities, either private or public, or on local office-holders with executive functions and on public service agencies. On the other hand, there are the disclosure requirements on property and income, in the frame of the fight against corruption and the so-called disclosure of any conflicts of interest[52].

At EU level, the debate on lobbying focuses mainly on direct representations by pressure groups in the legislation making process. A more comprehensive approach includes different forms of communication and research activities that underpin, inform, and support the preparation of policy proposals before lobbyists send them to the legislators and decision makers[53].

As noted before, the issue concerning lobbying in the French legal system is related to the absence of a legal definition of the phenomenon. However, despite the absence of a legal definition, lobbying exists in fact, and doctrine tries to elaborate a definition in order to recognize when it is implemented in practice. Lobbying is considered as a spontaneous action taken with the aim to consider a specific interest while exercising decision-making powers. No compensation is involved in the process leading to the adoption of a legal act specifically adop-

[52] The declarations shall be addressed to the new *Haute Autorité pour la transparence de la vie publique* and shall relate to all the property or the undivided assets and a declaration on the interests held within the starting date of the function and the previous five years.

[53] In 2011, the European Parliament and the Commission signed an Inter-Institutional Agreement [OJ L (2011) 191/29] on the establishment of a Transparency Register for organizations and self-employed individuals engaged in EU policy-making and implementation. The Register covers all activities carried out with the aim of directly or indirectly influencing the formulation or implementation of policy and decision-making process of the EU institutions. It is voluntary and the registrants disclose their interest and agree to comply with a code of conduct.

ted or modified in order to satisfy that particular interest[54]. As a consequence, in France, lobbying does not have proper «juridical evidence», but it could be the base for further legal action. Actually, it does not cause any direct modification of the legal system, but it may produce effects on the current legal order.

As some scholars maintain, lobbying is a freedom. The first concern for the French policy-maker is to understand when exercising said freedom goes beyond what is legally feasible, and how to prevent this and punish illegal actions. In fact, any reprehensible behaviour can be indicated in the activity carried out by groups of interest that try to raise the awareness of the decision-making authorities on a specific issue in order to adopt a better designed policies. It is important to clarify when such freedom becomes relevant and could be pursued vigorously as a criminal behaviour. The boundary between the legitimate exercise of lobbying and corruption is the core of the issue, and it is linked to the concept of «absence of compensation». The interest can come into consideration of the decision-making agent without any direct or indirect compensation. Any offer, as well as any request of compensation can be considered as a means of corruption. On the contrary, when the action of the decision-making agent is not driven by any compensation, but it is only based on simple recommendations or suggestions made by the groups of interest, it can be considered as lobbying.

Consequently, transparency in lobbying becomes essential in order to avoid the lack of legality that badly influences public confidence in Public institutions. Both particular and public interest should be taken into account. In this perspective, in 2009, the internal rules of the French Parliament have been amended in order to introduce a Register of lobbyists. Registration in the Register is voluntary and aims at regulating access to the House and Senate[55]. Penalties are not imposed in the event of breach of procedural and conduct rules. The only possible consequence is removal from the Register, which is decided by the *Direction de l'Accueil et de la Sécurité*[56]. That was the first reform that represents a step in the right direction, but it is still not enough to regulate a wide spread and potentially highly dangerous phenomenon.

Moving towards the second civil law system, Italy made some effort in the strategy against corruption[57].

---

[54] G. Houillon, *Le lobbying en droit public*, Bruxelles, 2012.

[55] *Art. 26 III, B de l'Instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale* and *Chapitre XXIIbis de l'Instruction générale du Bureau du Sénat.*

[56] Transparency International France, *Transparence et Intégrité du Lobbying, un enjeu de démocratie,* 2013 Report on Lobbiyng, available at http://www.transparency-france.org/e_upload/pdf/transparency_france_lobbying_en_france_octobre2014.pdf

[57] An overview on the corruption in PP sector and the italian legislative strategy against the phenomenon is made by G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, vol. 3, 325.

The first comprehensive reform in this field is the so called Anti-corruption Law of November 6th 2012, no. 190, that has made the sanctions harsher for offences such as corruption in the performance of act in breach of official duties[58]. Together with a more dissuasive effect, there is also the extension of the limitation period for each of the officer[59]. Furthermore, a special Ministerial Study Commission – the so-called «Commissione Fiorella» – was set up in 2013 to study the possibility of a more systematic reform in the field of time limitation[60].

In Public Procurement, Law n. 190/2012 provide for rules fostering transparency, in order to prevent corruption in PP[61].

The contracting authorities shall publish on their web sites information on the ongoing tendering procedures[62] and send such information in digital format to the Authority for the Supervision of Public Contracts, which was replaced by the Anti-Corruption Authority in 2014. The supervisory Authority shall publish it on its web site, in a section that is freely accessible to all citizens, listed by type of contracting authority and Region[63]. As additional information requirements, public administrations shall publish on their websites information on budgets and final accounts, as well as on unit costs for construction works and the production costs for the services provided to citizens[64].

Among the most innovative aspects, the above-mentioned law introduced, for the first time in Italy, a provision specifically related to the whistle-blowing regulation in the public sector. The whistle-blower cannot be punished, dismissed or discriminated on grounds that are directly or indirectly connected to him/her blowing to whistle. During any disciplinary proceedings, the identity of the

[58] These are: «corruzione propria», «corruption in judicial proceedings», «abuse of office», «misappropriation of public property or public funds»; (peculato), provided for, respectively, by articles 318, 319-ter, 323 and 314 of the Italian Criminal Code.

[59] In particular, in the case of corruption in the performance of acts in breach of official duties, the minimum term of time limitation, for the first time offenders, increased from 7 and half years to 10 years with a parallel increase also for the offence of international corruption, according with sec. 322 bis c.c.

[60] The final report of this Commission, also containing draft options for a reform, have been brought to the attention of the Minister of Justice and it is available at https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_3=0_10_56&facetNode_2=4_57&previsiousPage=mg_1_12&contentId=SPS914317

[61] See in particular art. 1, par. 15, par. 16, par. 32 and par. 33 of the mentioned law.

[62] Information on: the subject of the contract notice; the economic operators invited to tender; the successful contractor; the amount of the award; the time limit to complete the work, service or supply; the amount paid. Furthermore, each year by the end of 31 January, summary tables providing information, freely available in digital format, on the previous year are published in order to allow data assessment, also for statistical purposes.

[63] The Authority, by means of its own deliberation, identifies the relevant information and the transmission method. Moreover, each year by the end of 30 April, the Authority shall transmit to the Court of Auditors the list of administrations which have not provided and published, in whole or in part, the information in digital format.

[64] The information on the costs is published on the basis of standard forms elaborated by the Authority for the Supervision of Public Contracts, replaced by the Anti-Corruption Authority on the basis of the Law. N. 114 of June 24th 2014 that will ensure its collection and publication on website in order to allow easy comparison.

whistle-blower cannot be disclosed without his/her consent, unless this is a *sine qua non* condition for the defence of the accused person. Any discriminatory measure must be reported to the Department for Public Administration by the whistle-blower or by the trade unions representing the administration involved[65].

In general terms, it is important to underline that Law no. 190/2012 places emphasis on the relevance of training for public employees in the prevention of and fight against corruption. Such training activities are coordinated by the National School of Administration – SNA[66].

It is also important to remind the action taken through the adoption of Law Decree no. 62/2013, the Code of conduct for public employees. The Code includes rules and provisions that contribute to counter the bribery phenomenon. Each administration is required to adopt its own code of conduct[67].

Italian policy-maker follow its strategy against corruption by adopting a last and most recent anti-corruption reform, by the Law 9 January 2019, no. 3, even defined by the Government as «Spazzacorrotti»[68]. There are three main topics: the fight against corruption in Public Administration, the limitation period for the offence; and transparency within political parties and political movements, especially about their funding.

Once again, with reference to the first aim, the Law made the sanctions harsher and try to simplify and make more efficient the proceedings.

The most controversial part is the reform of the limitation period for the offence that will come into force the 1 January 2020. The Law provides the suspension of the period from the judgement of first instance until the last instance judgement. The scope of the provision is to avoid that such important proceedings on corruption will finish with no pronunciation because the limitation period is over.

Concerning the transparency, we can remind that the political parties and political movement shall register each contribution received and publishing it on

[65] The whistle-blower's report is a protected disclosure as per Law no. 241/1990. Furthermore, the whistleblowing mechanism is further developed in chapter 3.1.11 of the National Anti-corruption Plan that state as follow: "protection of the employee who reports illegal activities".

[66] In relation to the public sector a huge number of initiatives have been taken in particular by the SNA (Scuola Nazionale di Amministrazione) and from the Ministry of Foreign Affairs with specific purpose of raising awareness against corruption and international bribe. Also the National Anti-corruption Plan, prepared by the Department of public administration and approved by ANAC (National Anti-corruption Authority), under paragraph 3.1.12, among the training activities, establishes that particular attention must be given to the international corruption.

[67] At this respect ANAC has already issued some general guidelines available at http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=0a5d875f0a77804256dbbf9fe715a0d9

[68] Law 9 January 2019, n. 3, «*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*», published on *Official Journal* on 16 January 2019, no. 13.

their web site; and they have to publish the curriculum vitae of any candidate before and during the election period.

We can observe that, once more, the Italian legislator took a sanctioning approach to the issue that, alone considered, is not enough to fight a general system and a way to behave in the relationship between the privates and the Public functionaries. Furthermore, any specific provision on PP are included in the Law[69].

4. *UK Model: The Common Law Approach*

One increasingly popular way for States to prevent bribery committed overseas is by adopting measures with extraterritorial implications, or by asserting direct extraterritorial jurisdiction in specific instances. Such measures may have implications for companies operating in different countries.

The international fight against corruption, and the fight against transnational bribery in particular, received a strong impulse from the effort of the UK legislation against bribery offences of foreign public officials. Some issues arise because firms face different kinds of illegal behaviour. As argued above, in many countries, engaging a local agent or having a local sponsor is a requirement for doing business in that country[70].

In recent times, new legislations with extraterritorial effect have been developed, which is a reality in the framework of international law. As it has been pointed out by some scholars, the debate on extraterritorial effect is closely linked to the framework of globalisation of economic and financial flows, which leads to a fragmentation of national sovereignty and of the national legal systems[71]. Under international law, based on the principle of territoriality, States may regulate acts committed in their territory and can exercise territorial jurisdiction over individuals and companies within their territory. This means that territorial jurisdiction may be exercised over natural or legal persons even when the con-

[69] The Italian legislator leaves to a sectoral legislation the intervention in the specific field of PP. Noted that also some soft law interventions are notably. We want to remind the effort made by the Italian Anti-Corruption Authority by adopting the Anti-Corruption Plan 2017. It devoted a particular attention to the university system, providing guidelines on the transparency and control in carrying on the public service and on the selection of teaching staff. On this argument, see G. Mulazzani, *«Le università e il perseguimento della mission istituzionale alla luce dell'autonomia tra riforme legislative e interventi dell'Anac»*, published by Munus- law review on public services, Napoli, no. 2, 2018, 579.

[70] M. Koelher, *Revisiting a foreign corrupt practices act. Compliance defense*, in *Wisconsin Law Review*, 2012, 609.

[71] Laurent Cohen-Tanugi, *L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale?*, in *En Temps Réel - Les cahiers*, 2015.

duct under consideration takes place abroad[72]. Extraterritoriality formally occurs when a national legislation is applied to a foreign person/enterprise that is subject to the jurisdiction of the regulating State, due to acts committed, at least partially, outside the territory of that State. The issue concerns the demonstration of the existence of a link between the individuals or the acts committed on the one hand, and the territory of the regulating State on the other hand.

The United Kingdom has recently adopted a zero-tolerance approach through a special regulation prohibiting bribery of foreign officials for business purposes. The U.K. Bribery Act (UKBA), which entered into force on July 1, 2011[73], prohibits improper payments to both domestic and foreign public officials, as well as bribes and kickbacks in purely commercial contexts[74]. It also provides for an autonomous title of company's liability when there is a lack of effective arrangements to prevent corruption within the enterprise[75].

In the circumstances referred to in Section 7 of the UKBA, relating to the failure of commercial organizations to prevent bribery, the *respondeat superior* principles apply if an isolated incident of bribery occurs within a commercial organization. However, in the Bribery Act Guidance, the Ministry of Justice pointed out that the organization concerned would have a full defence if it can prove that, despite a particular case of bribery, it nevertheless had adequate procedures in place to prevent persons associated with it in from bribing[76].

Going back to the issue of extraterritorial legislation, it may be stated that, the UKBA regulation is not a piece of extra-territorial legislation. It provides for the company's liability for the act committed by a person associated with it, regardless of where the act was committed. Section 7 also requires that the commercial organisation carries out business or part of its business in the UK, wherever in the world it may be incorporated or formed. Thus, the requirement of a link with the territory of the regulating State always needs to be met.

As a result, it is possible to talk about the extraterritoriality of law in relative terms. Looking at the application of specific legislation that spreads its effects over a foreign legal or natural person, is not possible to give a trenchant answer – yes or no. One could, on the contrary, imagine different degrees of extra-ter-

[72] J. Scott, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, in 62 *Am. J. Comp. L.*, 87, 2014. The Author focuses her attention on EU legislative technique with territorial extension effects, in order to gain regulatory traction over activities that take place abroad. That technique is compared with the enactment of extraterritorial legislation and it leads to the EU governing transactions that are not centred upon the territory of the EU and it also enables the EU to influence the nature and content of third country and international law.

[73] Bribery Act 2010, 2010 Chapter 23, 8th April 2010.

[74] The UK Anti-Corruption Plan, December 2014, is available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/388894/UKantiCorruptionPlan.pdf

[75] Section 1, 2. 6 and 7 of the UKBA.

[76] Ministry of Justice, The Bribery Act 2010: Guidance 15 (2011), available at http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf.

ritorial application of law. Hence, purely territoriality does not exist. Even with the so-called "universal jurisdiction" – the best example of which is the legislation countering crimes against humanity – a link with the territory of the regulating country is always required for the jurisdiction of the regulating country over a foreign person to be recognised. It might even be a very tenuous link – such as the presence of the guilty person in the territory of the country, or the fact that he/she is captured in that country – but it has to be there.

All the above leads to further considerations. Besides the financial risk for enterprises, which arises in the framework of foreign legislation against corruption in international trade, there are several consequences of the application of a foreign legislation with extra-territorial effects, and more specifically the UKBA, which are analysed in this paper.

Bribery causes reputational risks and dents the worldwide image of companies. Suffice it to think of the media impact of allegations of corruption. Furthermore, there is a human risk for the employees, the management, and the representatives prosecuted in their own countries or abroad. International corruption also causes a loss of income, as those companies are excluded from PP contracts financed by States, local and regional authorities, as well as by investment banks.

As it has already been highlighted, the implications of such measures are important for single companies, but also for the market as a whole, as well as for the relations between individual European countries, and at global level. Public and private entities are expected to adopt preventive measures to limit the effects of said regulations and avoid penalties. A hint in this direction is given by section 7 of the UK BA, pursuant to which any company accused of bribing (committed by a person associated, regardless of where the act was committed) may avoid being prosecuted (because liable) if it is able to prove that it had adopted a structured preventive strategy against corruption.

5. *Preventive Anti-corruption Measures in Europe. Private and Public Ethics and Compliance Programs*

A risk-based approach promoting integrity is required. As it was pointed out by the 2016 OECD Integrity Forum, it is imperative that public and private sector entities conduct comprehensive corruption risk assessment to define their exposure to integrity risks, which allows them to put in place appropriate anti-corruption controls[77].

[77] 2016 OECD Integrity Forum, *Fighting the Hidden Tariff: Global Trade without Corruption, Background Document*, Paris, 19-20 April 2016. See also, A. Musella, *Corruzione internazionale, responsabilità delle*

The fight against corruption and the efforts to avoid the dangerous effects of zero-tolerance countries on bribery affect all companies worldwide trading abroad. In fact, firms may find it extremely difficult to conduct business without bribing in jurisdictions at high risk of corruption. Such lack of integrity in trade particularly affects smaller firms, which are disadvantaged because they are unable to bear the costs of corruption due to a lack of access to appropriate legal resources and sufficient cash flow[78].

The OECD issued an Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business to encourage companies to develop and adopt adequate internal controls, ethics and compliance programmes, or measures for the purpose of preventing and detecting foreign bribery[79]. As it has been underlined, enterprises should conduct an anti-corruption risk assessment to better understand their risk exposure. Each enterprise's own risk assessment exercise is unique, depending on that enterprise's industry, size, location, and so on.

The relevance of good anti-corruption risk assessment is strictly connected with the adoption of a good compliance programme by the enterprises; it may allow business to develop and maintain a compliance program that is tailored and risk-based. An enterprise should update its risk assessment plan periodically, also envisaging the training of those employees whose activities entail higher corruption risks.

First, it is necessary to promote the idea that integrity is the heart of a company's activity. This implies doing business in a responsible, transparent, and ethical way. Those values increase the reputation of a company and are the most valuable assets, which could be further strengthened through the adoption of specific compliance policies, procedures, and controls. As it is well known, integrity is at the basis of a company's activity, and has a positive impact on a company's competitiveness. Doing business in a responsible, transparent, and ethical manner may increase the reputation of the company and represents the most crucial issue.

First of all, a large number of multinational companies become aware of how important is to act in a sustainable way. In this light, many of such companies are parties to the United Nation Global Compact (UN Global Compact), whose mission is: «to mobilize a global movement of sustainable companies and stakeholders to create the world we want. That's our vision»[80]. To make this happen, the UN Global Compact supports companies in doing business responsibly

società e modelli organizzativi di prevenzione del reato, in Società, 2013, vol. 11, 1206.

[78] As noted by the 2014 OECD Foreign Bribery Report, local firms, due to their knowledge of local customs and officials, may be inclined to play the role of intermediaries for foreign firms in corrupt transactions.

[79] Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business, OECD - UNODC - World Bank 2013.

[80] https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission

by aligning their strategies and operations with ten principles onhuman rights, labor, environment and anti-corruption. In particular, principle 10 says: «Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery» and it aims not only to avoid bribery, extortion and other forms of corruption, but also to proactively develop policies and concrete programmes to address corruption internally and within their supply chains.

As a concrete step in implementing principle 10, we can refer to the Principles for Responsible Investment (PRI), an evidence-based guide on company-investor engagement on anti-bribery and corruption[81]. The document points out the corruption and bribery's impact in terms of GDP and, in particular, in terms of losses from large company involved in corruption scandals. It also reminds some international legislation aim at promoting preventive measures against corruption such as the UK Bribery Act and the US non-prosecution agreements (NPAs) and deferred prosecution agreements (DPAs). Finally, the PRI analyse deeply which measures are needed for a successful company's engagement in a preventive strategy against corruption[82].

On the private side, there are firms or companies that adopt very structured ethics and compliance programs consisting in the adoption of rules, in their implementation within the company and, lastly, in the adoption of a monitoring and enforcement system through the application of sanctions for the infringement of the relevant rules[83].

A key point is the provision of an adequate enforcement system in cases of breach of the relevant ethical standards. This implies the adoption of a disciplinary system. The measures envisaged by the enforcement system shall be appropriate to the nature and gravity of the infringement, and shall always be based on the principles of proportionality and adversarial process[84]. Such compliance

[81] O. Mooney, M. Navarro Perez, O. Makinwa and M. Goldsmith, *Engaging on Anti-bribery and Corruption. A guide for Investors and Companies*, edited by H. Aho, B. Wilson Tamagnini, 2016, https://www.unpri.org/download?ac=1826

[82] Those are, at an initial stage: «know investor expectations», «benchmark», «inform your board», «estimate resource» and «tailor responses»; follows by «keep programs up-to-date» and «maintain communication channel with your board»; finally some follow-up measures, such as «keep track of engagement queries», «see the issue as a continuous process» and «communicate outcomes and keep up reporting».

[83] Siemens is an example of company that adopted a very structured compliance program. Siemens Compliance Guide - Anti-Corruption, 13, available at http://w3.siemens.no/home/no/no/omsiemens/Documents/sc_upload_file_anticorruption_handbook.pdf

[84] At National level, is important to remind the Confindustria Guidelines, adopted on March, 7th 2002 and updated on March 2014 on the construction of organizational, management and control models, on the base of the law decree n. 231 of 2001. Confindustria is the main association representing manufacturing and service companies in Italy. The document is available at http://www.confindustria.it/wps/portal/IT/AreeTematiche/Diritto-d-impresa/Documenti/Dettaglio-doc-diritto-impresa/4eaa0336-f353-4bc8-aa05-35dfda228a50/4eaa0336-f353-4bc8-aa05-35dfda228a50/!ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOJ9PT1MDD0NjLz83UxNDBxNgpwCfYzdLCzDTPQLsh0VAVhK9gI!/

measures may be envisaged for public authorities as well. This strategy implies the adoption of anti-corruption preventive measures based on the specific organization of the individual institution under consideration.

Some measures appear particularly justified, like risk mapping related to corruptive practices, the adoption of a code of conduct with a preventive role with respect to corruption practices, an effective management of the *pantouflage* phenomenon, controls on causes of incompatibility of public mandates, and rotating assignments.

The code of conduct should provide for appropriate supervisory and rule infringement sanctioning mechanisms; it should also envisage a system of incentives and specific training courses promoting a culture of integrity. The effectiveness in the implementation of public authorities' principles could be guaranteed by a civil servants performance assessment method. Lacking a sanctioning mechanism designed for any case of breach of conduct rules, a performance-related pay system may have a serious incentive effect.

In a soft law perspective, it is possible to mention the adoption of Guidelines for the implementation of legislation on transparency and corruption prevention by the publicly owned corporation, issued by the Italian Anti-Corruption Authority on April 15th 2014[85]. The purpose of those guidelines is to guide all such companies in the application of the anti-corruption and transparency Italian legislation. They also target the authorities, which are tasked with ensuring and promoting the adoption of preventive measures in connection with the powers of scrutiny accorded. According to the Guidelines, the supervising authorities should take action in order to ensure the adoption of organizational and management risk arrangements by the companies. Those organizational and management models are required by Law Decree n° 231/2001, with the aim to prevent crime related with company' activity, which includes corruption. In particular, with reference to corruption prevention organizational measures, the Guidelines require that each company pinpoints the risk areas based on the internal and external environment in which they conduct their activities, and on the type of activity they carry out.

The question is how to assign a value, in the procurement procedure, to the adoption of such soft-law strategies. As it is well known, the adoption of specific models of compliance cannot be imposed at the tendering stage. This could result into a market entry barrier; it would also be against the principle of competition, and against the so called *favor partecipationis*[86] principle, which is par-

[85] The document can be consulted at www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/SchemaDeliberaCons.15.04.14.pdf

[86] The principle of *favor partecipationis* has been suggested in some judgements of the courts of participating Member States. In Italy, for example, by the judgement No 1245/2011 and No 528/2011 of the Ital-

ticularly invoked at a European level[87]. However, priority may be given to compliance programs at the stage of tender evaluation. The contracting authorities should clarify in the contract notice the selection priority mechanism. Moreover, the contracting authorities should keep control even after the contract awarding, especially during contract execution, in order to verify if the preventive anti-corruption measures are still implemented by the contracting party. It shall furthermore issue guidelines on the bases of which the relevant company might adjust its corruption preventive strategy.

The European Court of Justice[88] asserted the need to separate the stage of the evaluation of the tenderer's qualifying requirements from the stage of the evaluation of the tenders, *stricto sensu*. The first stage is based on qualitative selection criteria, and may include the ethical and moral standards of an enterprise. Instead, the second stage is based on awarding criteria, and those that do not allow selecting the most economically advantageous tender are excluded[89].

6. *The prohibition of renegotiation of bids in public procurement*

Renegotiation of contracts is a frequent and widespread practice, especially for complex and long-term contracts[90]. It is usually useful in case of unforeseen events, or where additional services become necessary and a change of contracting party is not possible or would be a major drawback.

On the other hand, renegotiation may encourage opportunistic behaviours, may discourage honest tenderers and may weaken the result of the procedure. Moreover, if having firm-driven renegotiations of contracts for infrastructure ser-

ian Council of State.

[87] Relevant judgements of the ECJ on the elimination of practices that restrict competition in general and participation in contracts by other Member States see Joined Cases C-226/04 and C-228/04, February 9th 2006; C-213/07, December 16th 2008; C-538/07, May 19th 2009. According to those statements, MSs can introduce further exclusionary measures, but always abiding by the principles of equal treatment of tenderers and of transparency, provided that such measures do not go beyond what is necessary to achieve that objective.

[88] For criteria which may be accepted as «criteria for qualitative selection» or «award criteria» ECJ, Case C-532/06, January 28th 2008; June 19th 2003, C-315/01.

[89] The Italian Anti-Corruption Authority (ANAC consultation paper n. 36 of 2015) tries to mitigate this restrictive approach, especially with regard to a service contract where the experience and the background of the performer re relevant in view of the efficient execution of the contract. The document mentioned is available at http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/home/_RisultatoRicerca?id=e09918230a7780425303082827cee41c&search=PREC+151%2F14%2FS

[90] According to the 2013 Report of Centre for Economic Study, contract renegotiation in the highways and parking sector in France accounts for 50% and 73% respectively of the awarded contracts. See https://www.cesifo-group.de/ifoHome/publications/docbase/details.html?docId=19126461. See also, R. Cippitani, *Obbligo di rinegoziazione dei contratti pubblici e normative per la riduzione della spesa*, in *Urb.e app.*, 2016, vol. 4, 377; R. Damonte, *La rinegoziazione delle offerte nelle gare pubbliche*, in *Urb. e app.*, 2002, vol. 2, 445;

vices is a major concern, efficiency should not be the only consideration in selecting an operator. Indeed, consumers may want to award the contract to a less efficient firm if that would reduce the likelihood of renegotiation[91].

The 2014 European Directives on Public Procurement outline the situations in which contracts may be modified over the course of their execution. In particular, the EU legislator recognised that PP contracts are incomplete and leave a great deal of room for potential renegotiation at the contract execution stage[92]. In general, modifications amounting to less than 10% of the initial value of the contract for supplies and services and 15% for works, are permitted[93], along with modifications that are either not substantial or had been incorporated in the contract in the form of price revision clauses or clear options, regardless of their value. However, any increase in price shall not exceed 50% of the value of the original contract where additional works, supplies or services have become necessary.

Concessions can also be significantly modified under the same conditions and to the same extent as procurement contracts. It is important to recognise the hypothesis of substantial modification of the contract[94]. According to art. 72 of EU Directive no. 2014/24/EU, these alter the character of the original contract/framework; would have allowed other potential suppliers to participate or be selected, or another tender to be accepted; changes the economic balance in favour of the contractor; extends the scope of the contract/framework «considerably»; a new contractor replaces the original contractor, other than where the change arises from a review or option clause in the original contract or from corporate changes such as merger, take over or insolvency. Clearly, art. 72 of 2014 EU Directive leaves great discretionary power about to any substantial modifica-

[91] See A. Estache, L. Quesada, *Concession Contract Renegotiations: Some Efficiency vs. Equity Dilemmas*, World Bank Policy Research Working Paper No. 2705.

[92] Art. 72 of EU Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council on Public Procurement and repealing Directive 2004/18/EC; art. 43 of EU Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts.

[93] Defined as modifications for design flaws. In this case, the designer's responsibility remains unchanged. Some Scholars argue that the percentage is relatively high and suggest an amount of less than 5%. At the same time, there is no consensus in the interpretation of the 2014 EU Directives. In particular, it is not clear whether the estimated percentages of 10% and 15% of the initial value of the contract relate to each modification or, on the contrary, should be calculated on the total amount of the contract. The issue has arisen during the 3rd Interdisciplinary Symposium on Public Procurement, held in Belgrade, on Sep. 29th and 30th by F. Decarolis and M. Trybus in their speeches.

[94] It is worth to provide some terminological clarifications. The 2014 EU Directives mention the term «modification», while the phenomenon is defined differently in the EU Member States. In Italy, for example, changes to the contract after it is awarded are called «renegotiation». Instead, common law countries such as UK, use the terms «adjustment» or «amendment». It is advisable to think of whether, besides terminology, the meaning is also different. This issue has been discussed at the 3rd Interdisciplinary Symposium on Public Procurement, which was held in Belgrade on Sep. 29th and 30th.

tion of the contract. The difficulty to select in advance such hypothesis could be overcome by the interpretation provided by case-law.

Furthermore, before coming into force the new directives on PP of 2014, ECJ clarified the cases in which the contract could be modified after being awarded. The Danish Supreme Court made a request for a preliminary ruling concerning the interpretation of Article 2 of Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts[95].

The Court says that a substantial amendment of a contract after it has been awarded cannot be effected by direct agreement between the contracting authority and the successful tenderer, but must give rise to a new award procedure for the contract so amended, unless that amendment had been provided for by the terms of the original contract. Moreover, «neither (i) the fact that a material amendment of the terms of a contract results not from the deliberate intention of the contracting authority and the successful tenderer to renegotiate the terms of that contract, but from their intention to reach a settlement in order to resolve objective difficulties encountered in the performance of the contract nor (ii) the objectively unpredictable nature of the performance of certain aspects of the contract can provide justification for the decision to carry out that amendment without respecting the principle of equal treatment from which all operators potentially interested in a public contract must benefit».

This judgement recalls the principles expressed in a precedent where, the ECJ[96] clarified the cases in which the contract could be modified after being awarded with no need for re-advertising in OJEU. In particular, a contract may change without re-advertisement where the change, irrespective of its value, is not substantial or the change is provided for in the initial procurement documents in a clear, precise and unequivocal review or option clause, which specifies the conditions of use and the scope and nature of the change; and the overall nature of the contract/framework is not altered. Moreover, the EU Directives now provide for the cases of major or minor changes, without re-advertisement, in art. 72(1) (b), 72(1) (c), 72(3) and 72(5), 72(6).

[95] Judgement of 7 September 2016, Finn Frogne A/S, C- 549/14, EU:C:2016:634, 30, 32.

[96] In particular, Pressetext, C- 454/06: changes in a contract post award could in certain cases lead to a legal requirement for re-advertisement in OJEU. The purpose is to provide a « safe-harbour » for certain types of amendments. This provision should help contracting authorities to ensure that post-award changes to contracts are properly controlled.

6.1. *Contract Renegotiation and Risk of Corruption*

However, there is a relevant nexus between renegotiation and risk of corruption. It usually arises at the company selection stage that generally involves a tendering process. At such stage, an illicit agreement might be reached between the Public officer and the tenderer, according to which an overly aggressive offer will be submitted which is designed solely to ensure selection, with the aim of renegotiating the contract at a later stage.

Some scholars argue that renegotiation weakens invitation to tender by encouraging opportunistic behaviours (aggressive bids in which the companies willingly submit a low bid in anticipation of the fact that they will renegotiate the contract during the execution stage). A list of recommendations has been drawn up, aiming at increasing the efficiency of the French PP system[97]. The same could also apply to other countries, such as Italy, for example.

It is worth mentioning the need to recognise that the aim of PP is primarily to meet an identified need by achieving the best possible performance in terms of cost and service or expected functionalities. It is also suggested to make it compulsory for the public party to provide and publish online two summary reports on the analysis of the bids both prior to and following the negotiation stage; to centralise information regarding the past performances of contractors for the purposes of facilitating and encouraging the use of such information at the awarding stage, so as to penalise less reliable companies; to introduce electronic advertising and application platforms only at regional level and upload all the information to a national platform. Making it compulsory for a bid analysis report to be published online, along with the relevant legal information is necessary to improve transparency, as well as making it compulsory to publish an 'amendment notice' when the value of the contract varies by more than 10%, and introduce a quick amendment summary procedure that is open to all stakeholders. Transparency requirements should also be applied to directly managed activities, along with appropriate incentives and penalties. It is also very useful to strengthen the professionalization and expertise of public buyers and project managers, and to centralise the purchasing of standard goods and services wherever possible; to give public buyers the option of decentralising their purchases so to ensure maximum flexibility where it is required. Last but not least, a good recommendation is that of entrusting the upstream and downstream evaluation of all of PP tools to an agency for amounts exceeding a given threshold, such as 50 million euros.

[97] S. Saussier, J. Tirole, *Strengthening the Efficiency of Public Procurement*, French Council of Economic Analysis, www.cae-eco.fr.

Changing a contract after it has been signed reduces the competitive effect of the tender and, therefore, the transparency of the process and compromises its value for money. If, in some cases, an adjustment may be necessary, it is often driven by opportunism and it increases distrust in the Country, thus generating market «crowding out» (moving away best skills and capital). Moreover, the asymmetry of information and the lack or difficulty in activating the necessary skills erodes the bargaining power of the PA, thus making the process of review and renegotiation even more critical.

According to this approach, improving the transparency of renegotiation procedures would help to limit the distortion of the initial tendering process and to ensure that the rules governing renegotiation are abided by.

As it has been pointed out above, the will of the contracting parties to renew a contract could be driven by corruption or/and collusion. Such phenomena have been taken into consideration by the international literature conducting an empirical analysis of public-private agreements. It has been observed that if, on the one hand, corruption was facilitating cooperative renegotiations and, therefore, contract renewals, it should be highlighted that, on the other hand, the more frequent the renegotiations, the more corrupt the public authority, and the more willing both parties to renew a contract[98].

How could such opportunistic behaviours be checked?

One possibility is that of improving the transparency of the renegotiation procedure[99], by drafting a specific procedure for amendments to PP contracts, starting from the publication of an amendment summary in order to inform the parties concerned. This could also involve a special dispute procedure concerning the content of the changes made to the contract.

The French Conseil d'analyse économique seems to move in this direction. It has designed an amendments procedure that applies to the French contracting authorities. Such procedure would be quick and improve the transparency and accountability of public authorities. Furthermore, the amendment proposals would be simultaneously published and sent electronically to all bidding companies. The proposals have to specify, at least, the value of the contract, the value of the increase, and the object of the amendment. The right to be notified any amendment and its characteristics is also envisaged.

Another possibility is that of choosing selection criteria other than the lowest price. In fact, the international literature argues that when the contract is

[98] J. Beuve- J. De Brux- S. Saussier, *Renegotiations, Discretion and Contract Renewals*, March 11th 2014, http://economix.fr/pdf/seminaires/lien/S_Saussier_2014.pdf

[99] R. Cunha Marques, S.V Berg, *Revisiting the strengths and limitations of regulatory contracts in infrastructure industries*, on Munich Personal RePEc Archive, https://mpra.ub.uni-muenchen.de/32890/1/MPRA_paper_32890.pdf.

awarded based on the lowest price criterion there are more chances for opportunistic behaviour. A company could exploit the lack of information or errors made by the Contracting Authority within the project. Therefore, it would offer the lowest price being aware of the fact that the contract will be renegotiated during its execution. In order to avoid such consequences, focus should be placed on the company's reputation parameter. For example, if special value is attached to the previous performance of the company, the latter will be motivated to improve its reputation. Along the same lines, policy-makers should consider the possibility to award the contract based on a negotiation.

7. *Final Remarks*

Implementing an effective public procurement system based on transparency, competition and integrity is not simple, but it is a need, whereas a procurement system that lacks transparency and competition is the ideal breeding ground for corrupt behaviour.

A lot can still be done on both the regulatory and the soft-law sides, at a national, European level.

On the regulatory side, the existing 2014 PP directives put a lot of emphasis on the need to prevent and fight corruption, but with no clear means of action. More could be done at European level to guide towards good practice that could act as guideline for the Member States and for the national regulatory bodies as well as for local supervisory authorities. European directives could identify at least few basic means of action considering the high-risk areas and key elements of successful public procurement discussed at international level[100]. Good rules need good practice to be effective and in order to pursue the aim indicated by the rules resulting in an effective harmonization, directives should indicate the road to follow. The procurement cycle as well as procurement methods to limit associated corruption risks have to be better harmonised, considering that public contracting processes broadly follow the same general steps.

Good rules and practice should be then introduced and implemented in single Member States in order to guarantee more transparency in the procurement procedures. Discretionary powers have been strongly increased by the 2014 European directives on procurement and should be used in the proper way to avoid the risk of abuse.

[100] UNODC, *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances*, 2013.

The additional flexibility has been argued to provide several advantages, considering it allows better risk mitigation, thanks to the possibility to create new solutions tailored to the needs of the contracting authority, and to mitigate uncertainties for example through an easier dialogue between the supply side and the demand side of the market. However, flexibility has also potential drawbacks, such as a higher risk of corruption and abuse of discretionary power. Concerns have also been expressed with regard to confidentiality, proprietary information, down-scaling of bidders and the mechanics of running several parallel negotiations with different bidders in a multi-stage procedure.

Discretion is useful to guarantee greater flexibility of procedures, but needs to be supported by adequate mechanisms for allocating responsibilities. These imply effective actions of responsibility have been considered a lack in some member States such as Italy.

Rules on negotiated procedures for example are based on a discretionary choice of the Contracting Authority concerning the technical characteristics of the works, services and imply the adoption of specific rules on transparency, publicity and equal treatment. The flexibility of these procedures is appreciated, but the EU Commission warns on possible risks of favouritism, because of the greatest discretional power given to public Authorities[101]. An appropriate project supervision system could avoid alterations and changes while work is in progress, and any related cost increase. Furthermore, only specialized experts should be competent to evaluate the project submitted and to set up a mechanism of accountability of public officials with political power, tasked with ascertaining that the project meets public interest.

The new procurement directives attribute the contracting authorities' greater flexibility in the use of the most suitable contract models to meet their specific needs. However, this approach is not always reflected at the national level, where some Member States including Italy[102] have preferred to limit discretion in order to curb the evolution of corruptive phenomena in the field of public contracts. Here the idea is that more discretion implies more flexibility of procedures, but also potentially more risk of abuse, which could only be mitigated by introducing (other) rules. In Italy, the need to mitigate the risk of abuse given the trade-off between rules and flexibility – rules and discretion resulted in an overproduc-

[101] European Commission SEC (2011) 853 final, Brussels 27.6.2011, available at ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf. M. Cozzio, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, vol. 1, 53 underlined the role of the soft law in the fight against corruption after the EU Directives on PP of 2014.

[102] The Italian legislator has implemented the EU Directives on PP through legislative decree n° 50 of April 18th, 2016. In particular, art. 95 sets forth the awards criteria. It refers to the most advantageous offer as general criterion and specifies the cases in which is possible to derogate from it.

tion of rules at national level. Notwithstanding the experience shows that having so many rules does not help to make the procurement market working better than other Countries. Rather it contributes at flooding the courts, keeping slow and complex the administrative procedures and an important infrastructure gap.

Waiting for something to change at national system, it should be useful to draw up a stronger European strategy and a joint supervisory system of enforcement at European level, not affected by political uncertainty.

On the European soft-law side, an administrative PP procedure standardization process – see Renewal model, book IV – could also be implemented, including for example the obligation to adopt private and public ethics and compliance programs. There could be a way to link the above-mentioned soft-law strategies with the existing regulations and procedures, by attaching value to compliance programs at the tender evaluation stage. Only companies that have special anti-corruption programs could be selected.

Along the same lines it is important to stress the value of a company's reputation and its motivating effects as well as the beneficial effects of negotiated procedures if conducted in a transparent and non-discriminatory context.

Without challenging the need to ensure discretion to the public administration in order to support the flexibility of procedures, it is possible to «adjust discretionary power» through soft law, by adopting corruptive phenomena conflict prevention measures, such as renegotiation procedures. As it is the case for public and private preventive anticorruption measures, soft law may be a tool to supplement the existing regulations without reducing flexibility.

Anticorruption Measures in Public Procurement: Issues and Challenges

Corruption is a particular issue in Public Procurement. Integrity risks occur in every stage of the procurement process, from the needs assessment over the biding phase to contract execution and payment. The nature of the integrity risk may differ for each step: it includes undue influence, conflict of interest and various kinds of fraud risks. Ex post renegotiations may also offer exposition to further risks of corruption.
How can we ensure integrity, accountability and transparency of public authorities and economic operators across countries? A community of values is growing in the wider context of transnational bodies to promote a joint system against corruption, but still needs clear means of action. Preventive measures, both public and private, are applied in several countries, but non everywhere. The paper focuses on some of these measures and their implications.

Misure anticorruzione nel settore dei contratti pubblici: tematiche e sfide

La corruzione è tema di particolare rilievo nel settore degli appalti pubblici. Rischi che minano l'integrità ricorrono in ogni fase della procedura di affidamento, dalla valutazione del fabbisogno in fase di offerta, fino all'esecuzione del contratto e al pagamento. La natura del rischio connesso al venir meno dell'integrità può essere diverso in ogni singola fase: ricomprende l'influenza indebita, il conflitto di interessi e vari tipi di frode. Le rinegoziazioni successive possono esporre ad ulteriori rischi di corruzione.
Come garantire integrità, trasparenza e responsabilità delle autorità pubbliche e degli operatori economici nei diversi paesi? Una comunità di valori si sta definendo nel contesto di alcuni organismi transnazionali per promuovere un sistema comune di lotta alla corruzione, ma mancano ancora chiari strumenti di azione applicabili in modo uniforme. Diverse misure di prevenzione della corruzione, sia pubbliche che private, vengono oggi applicate in alcuni paesi, ma non ovunque e non allo stesso modo. Il documento si concentra su alcune di queste misure e sulle loro implicazioni in vista dell'auspicabile definizione di un modello di riferimento quantomeno in Europa.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 361-410

Articoli e saggi

Il complesso allineamento del sistema domestico delle commesse pubbliche al modello europeo secondo la logica codificatoria a diritto costante

Franco Sciarretta

Sommario: 1. Finalità dell'indagine. – 2. Una nuova concezione nel sistema domestico degli appalti pubblici? – 3. Una codificazione che non fa rima con semplificazione. – 4. La problematica dimensione negoziale della contrattualistica pubblica nel contesto delle trasformazioni del diritto amministrativo. – 5. Un quadro normativo fluido tra sollecitazioni europee e condizionamenti interni. – 6. Il necessario equilibrio tra flessibilità delle procedure e rigorosità dei controlli. – 7. Le possibili convergenze tra diritto europeo degli appalti pubblici e disciplina interna di evidenza pubblica. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Finalità dell'indagine*

Nelle dichiarate intenzioni del legislatore delegante il recepimento delle direttive europee n. 23, n. 24 e n. 25 del 26 febbraio 2014[1] doveva rappresentare l'occasione per una complessiva rivisitazione e razionalizzazione del settore dei contratti pubblici, con l'obiettivo di realizzare un sistema più snello, trasparente ed efficace, avendo riguardo alle migliori pratiche in uso in altri Paesi dell'Unio-

[1] Le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, n. 2014/24/UE, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, e n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, sono pubblicate in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 94 del 28 marzo 2014. Per un'analisi di insieme, anche sui lavori preparatori, delle tre direttive, M. Cozzio, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 119 ss.; C.E. Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al codice 2016*, 2ª ed., Torino, 2017; F. Mastragostino, E. Trenti, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017, 1 ss.

ne europea, «secondo un approccio […] sostanzialmente diverso da quello previsto nell'attuale contesto normativo, caratterizzato da una regolamentazione forse troppo puntuale»[2].

Ancora maggiore enfasi si ritrova nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice dei contratti pubblici attuativo della delega, che definisce una "*sfida storica*" l'attuazione delle tre direttive «affidata a un delicato equilibrio in cui è indispensabile tenere insieme "*il combinato disposto*" degli istituti e strumenti previsti, di cui ciascuno non può essere disgiunto da altri, pena il fallimento degli obiettivi perseguiti».

Il Consiglio di Stato aveva posto l'accento sull'importanza del momento che costituiva «occasione e sfida per un ripensamento complessivo del sistema degli appalti pubblici in Italia, in una nuova filosofia che coniuga flessibilità e rigore, semplificazione ed efficienza, con la salvaguardia di insopprimibili valori sociali e ambientali»[3].

Anche in dottrina era stato prospettato in vario modo come l'ultimo pacchetto di direttive in materia di negoziazioni pubbliche imponesse un "*cambio di paradigma*" al legislatore italiano per colmare il divario tra la disciplina nazionale e quella europea[4].

---

[2] In questi termini si esprime la relazione al disegno di legge delega per l'attuazione delle tre direttive europee (A.S. n. 1678, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 18 novembre 2014, 3, consultabile su *www.senato.it*) approvato con L. 28 gennaio 2016, n. 11, «Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», in Gazzetta ufficiale, n. 23 del 29 gennaio 2016.

[3] Il monito si ritrova in Cons. Stato, comm. spec., par. 1 aprile 2016, n. 855, punto I.c.9, reperibile su *www.giustizia-amministrativa.it.*

[4] 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, 1127 ss., 1147, che sottolinea come lo scopo perseguito dalle tre direttive sia di ravvicinare il sistema della negoziazione pubblica e il mondo delle imprese, puntualizzando che «le linee guida della nuova disciplina europea sono «quelle della *semplificazione*, della *riduzione dei formalismi* e *dell'incremento della flessibilità* nella scelta del contraente, del rilancio della *discrezionalità* e *responsabilità* delle stazioni appaltanti: profili, tutti, che si pongono obiettivamente in controtendenza rispetto agli indirizzi della disciplina nazionale». Sullo scenario di sviluppo del diritto nazionale, funzionale al recepimento delle norme europee all'epoca ancora *in itinere*, M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, ivi, 2013, 991 ss. Per un inquadramento critico del sistema domestico di contrattualistica pubblica anteriore al recepimento delle medesime tre direttive, G.D. Comporti, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2012, 576 ss.

Ciò in quanto il suo recepimento avrebbe potuto costituire un «punto di svolta nel modo in cui le pubbliche amministrazioni effettuano i propri acquisti»[5], con l'avvio di «una nuova era nelle contrattazioni pubbliche»[6].

Secondo l'impostazione progredita di timbro europeo, per conseguire questo obiettivo occorreva coniugare imparzialità, qualità e controllo della spesa pubblica, unite a una maggiore «*responsabilità*» delle stazioni appaltanti nella scelta del contraente e adeguata flessibilità delle dinamiche di gara, superando la forte sfiducia nell'amministrazione pubblica (e nei suoi agenti) che caratterizzava l'intera normativa precedente[7].

A breve distanza dal varo del codice dei contratti pubblici[8], al di là delle suggestioni dell'enfasi retorica del momento, dei solenni proclami che avevano accompagnato l'approvazione della riforma e delle molteplici e differenti aspettative da essa generate, l'interrogativo di fondo che si prospetta è se la disciplina in vigore si è risolta nella mera attuazione di un pacchetto di norme imposto dall'Unione europea, oppure si è tradotta in una nuova e organica visione del sistema interno di *public procurement*, con un reale mutamento di prospettiva culturale e orizzonti valoriali.

In questa prospettiva, senza alcuna pretesa di completezza e non addentrandosi nell'analisi della pletora di regole dell'imponente corpo normativo e delle relative implicazioni, si intendono sviluppare alcune riflessioni sul presente scenario di diritto nazionale e sulla possibile emersione di concreti segnali di cambiamento rispetto al tradizionale modello dell'evidenza pubblica[9] caratteriz-

---

[5] Il passaggio è tratto dall'atto di segnalazione dell'Autorità nazionale anticorruzione, n. 3 del 21 maggio 2014, *Direttive n. 2014/24/UE, sugli appalti pubblici, n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, e n. 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, punto I., consultabile su *www.anticorruzione.it*. In questo senso, P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, 2015, che considera il recepimento delle tre direttive una tappa decisiva per riformare in modo profondo il settore degli appalti pubblici.

[6] Con non velato tono di dubbio, G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, consultabile su *www.federalismi.it*, 6/2015, che fa propria anche l'analisi critica sull'eccessiva genericità dei principi e criteri direttivi elencati nel disegno di legge delega, A.S. n. 1678, cit., svolta da F. Fracchia nell'audizione del 15 gennaio 2015 sullo stesso d.d.l. dinanzi al Senato della Repubblica, 8ª commissione, consultabile su *www.unibocconi.it*.

[7] Sulle scelte di fondo operate nel codice del 2016, R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018, 158-161.

[8] Tale denominazione è stata introdotta dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, «Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50», in Gazzetta ufficiale, n. 103 del 5 maggio 2017, suppl. ord. n. 22. Nella rubrica originaria del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, «Codice dei contratti pubblici», in Gazzetta ufficiale, n. 91 del 19 aprile 2016, suppl. ord. n. 10, non compariva l'espressione «Codice dei contratti pubblici», che pure era stato evocata sia in sede di disegno di legge delega (A.S. n. 1678, cit., 4), sia nel ricordato parere del Consiglio di Stato sul «progetto di codice» trasmesso dal Governo (punto I.d.1), integrando tale progetto – come lo stesso organo consultivo aveva rilevato –, al contempo, recepimento delle direttive europee e riordino dell'intera materia.

[9] Il richiamo è alla teoria del contratto a evidenza pubblica, come tecnica di controllo dell'attività amministrativa di diritto privato, sulla quale è d'obbligo il rimando a M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, I, 1970,

zato dalla «reciproca irriducibilità»[10] di istanze pubblicistiche e moduli privatistici di azione[11].

Un itinerario che si snoda attraverso le dinamiche del diritto nazionale, la rivisitazione di categorie giuridiche generali, la peculiare dimensione negoziale degli appalti pubblici, l'intricato intreccio tra flessibilità e rigore delle procedure di affidamento.

Il tutto anche nell'ottica del processo appena avviato di ulteriore riassetto della normativa di riferimento[12], i cui obiettivi riecheggiano quelli della riforma

---

Milano, 677 ss. Secondo questa nota impostazione, il contratto a evidenza pubblica si articola in due procedimenti paralleli: l'uno relativo al procedimento di formazione della volontà contrattuale regolato, con talune varianti, dalle norme civilistiche; l'altro consistente in un procedimento che si compone di atti soggetti al regime degli atti amministrativi, che si sviluppa tra l'autorità che intende concludere e/o ha concluso il contratto e l'autorità che su di essa esercita il controllo. In questo procedimento, «l'autorità contrattante spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuole addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o ha scelto quella controparte; la seconda controlla i giudizi, le decisioni e le procedure a cui la prima intende addivenire o è addivenuta». Gli atti della «serie negoziale» e quelli della «serie procedimentale» sono indipendenti tra loro quanto a perfezione, validità ed efficacia. Alcuni atti della «serie procedimentale», però, condizionano l'efficacia di atti della «serie negoziale», «agendo come fatti permissivi o impeditivi» (Ivi, 677 e 680). Sulla nozione di origine dottrinale di evidenza pubblica entrata da tempo anche nel lessico legislativo (cfr. art. 1, comma 2, del codice previgente di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE», in Gazzetta ufficiale, n. 100 del 2 maggio 2006, suppl. ord. n. 107), intesa come evidenziazione del processo di formazione della volontà contrattuale delle amministrazioni pubbliche sottoposto a disciplina pubblicistica, V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 115 ss. .

[10] F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss., 663, la quale rileva che «la necessità di superare la reciproca irriducibilità degli interessi che costituiscono l'oggetto del regolamento contrattuale, sta alla base dell'idea della «evidenza pubblica» come passaggio che conferisce al progetto per la realizzazione del quale si ricorre al contratto, l'attitudine a formare oggetto di regolamento contrattuale: attraverso le formalità disposte per la deliberazione di contrarre, viene assicurata la conformità agli scopi istituzionali».

[11] La parafrasi è di G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 177 ss., 178. Sul complesso rapporto pubblico-privato nella materia della contrattualistica pubblica, C. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in C. Franchini, F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009, 1 ss. Sulla compresenza di posizioni di autonomia privata e posizioni di discrezionalità amministrativa nell'agire delle pubbliche amministrazioni, anche quando fanno uso dei moduli convenzionali, «tipizzando […] l'azione delle amministrazioni stesse rispetto a quella dei soggetti privati», A. Massera, *I contratti*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, 1365 ss., 1374.

[12] Il codice attuale è destinato a essere completamente rivisto come prevede l'art. 1, comma 1, D.L. 18 aprile 2019, n. 32, «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici», in Gazzetta ufficiale n. 92 del 18 aprile 2019, convertito in L. 14 giugno 2019, n. 55, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici», in Gazzetta ufficiale n. 140 del 17 giugno 2019, che ha introdotto, a titolo sperimentale, una serie di modifiche rilevanti al D.Lgs. 50/2016, applicabili sino al 31 dicembre 2020, nelle more della riforma complessiva della disciplina di settore. L'art. 216, comma 27-*octies*, D.Lgs. 50/2016 – introdotto sempre dall'art. 1 D.L. 32/2019 –, rifacendosi all'impostazione della precedente normativa di cui al D.Lgs. 163/2006, dispone l'adozione di un «regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione» del codice in vigore, con superamento dell'attuale sistema articolato sulle linee guida Anac e sui singoli decreti ministeriali già ema-

del 2016, e mentre si avverte con accentuata intensità l'impulso europeo verso un approccio strategico agli appalti pubblici[13].

2. *Una nuova concezione nel sistema domestico degli appalti pubblici?*

È noto che la disciplina dei contratti pubblici si è evoluta incrociandosi antiche norme di contabilità[14], deputate ad assicurare un impiego corretto e trasparente delle risorse pubbliche, con successive regole di derivazione comunitaria volte a salvaguardare la concorrenza e i meccanismi del mercato[15] in quanto considerate la migliore garanzia del buon uso del denaro della collettività.

L'esigenza di allineare la normativa interna a quella europea, nell'ambito dei procedimenti di scelta del contraente, ha determinato il superamento della concezione contabilistica che reputava tale normativa interna come posta nell'interesse

nati. Occorre ricordare che il 28 febbraio 2019 il Consiglio dei ministri (all'epoca in carica) già aveva approvato un disegno di legge «recante delega al governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici», il cui testo è consultabile su *www.appaltiecontratti.it*. Per alcune osservazioni critiche sulla revisione del codice degli appalti, C. Contessa, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 17 gennaio 2019.

[13] In questo senso è eloquente la comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017)572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, consultabile su *https://ec.europa.eu*, su cui M. Cozzio, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 53 ss.

[14] Si fa riferimento alla disciplina dei pubblici incanti che rimonta alla L. 22 aprile 1869, n. 5026 (c.d. legge Cambray-Digny), «Sull'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato», successivamente confluita, unitamente alle modifiche a essa apportate dalla L. 8 luglio 1883, n. 1455 (c.d. legge Magliani), nel R.D. 17 febbraio 1884, n. 2016, con il quale fu approvato il testo unico della legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato, e nel relativo regolamento di esecuzione adottato con R.D. 4 maggio 1885, n. 3074. Sulla genesi di tale disciplina, R. Faucci, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al fascismo*, Torino, 1975, 19 ss. L'impostazione di questa disciplina venne recepita dal R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, «Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato» (c.d. legge De Stefani), in Gazzetta ufficiale, n. 275 del 23 novembre 1923, e dal R.D. 23 maggio 1924, n. 827, «Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato», in Gazzetta ufficiale, n. 130 del 3 giugno 1924, che hanno rappresentato a lungo, anche dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, la normativa di riferimento della contrattualistica pubblica. Per una lucida ricostruzione in chiave critica delle linee portanti di tale normativa, F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, 317 ss.

[15] F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss., 26, puntualizza che nel principio di concorrenza «si suole riunire due diversi tipi di norme: quelle che riguardano i comportamenti vietati perché distorsivi del confronto competitivo tra le imprese, e quelle che riguardano la conformazione dei mercati. I due ordini di norme devono essere tenuti distinti, perché il fondamento costituzionale ed europeo delle prime è indiscusso, mentre non si può dire lo stesso delle norme del secondo tipo».

esclusivo dell'amministrazione committente[16], anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale[17].

Soltanto di riflesso le norme sulla contabilità pubblica, delle quali era persino incerta l'efficacia interna o esterna[18], si riteneva garantissero la *par condicio* tra i concorrenti nelle procedure di gara[19].

Un sistema normativo e una corrispondente prassi amministrativa impostati sulla rigida procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta e sulla massima trasparenza delle decisioni di spesa in funzione di controllo degli amministratori pubblici nell'intento di prevenire abusi e corruttele.

Le esigenze di imparzialità e di coerenza con il principio di legalità venivano considerate preminenti rispetto alle ragioni della efficienza e convenienza contrattuale, con conseguente sostanziale azzeramento dei margini di discrezionalità amministrativa attraverso una omologazione di limitati modelli concorsuali, tutti lontani dalle logiche propriamente negoziali[20].

Ciò si è tradotto in una supremazia di massima degli obiettivi di controllo e un principio di favore per gli automatismi procedurali[21] in base all'idea che rigidi schemi procedimentali e complessi formalismi decisori valessero ad allontana-

---

[16] M. D'Alberti, *Processi decisionali delle amministrazioni pubbliche. Un'analisi comparata*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 61 ss., 65, ricorda che «le procedure per la conclusione dei contratti pubblici nascono in Francia prima, poi in Italia, grazie alle norme contenute nelle leggi di contabilità pubblica». La ragione di queste procedure, sottolinea l'A., «non è tanto la garanzia per i privati interessati ad aggiudicarsi il contratto», quanto il controllo della spesa pubblica e il contrasto alla corruzione. Sui differenti interessi perseguiti attraverso le prescrizioni interne e comunitarie di evidenza pubblica, A. Farì, *I "contratti attivi". L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Napoli, 2018.

[17] Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, par. 6.7., in *Giur. cost.*, 2007, 4447 ss., 4524-4526.

[18] M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero - 17,18,19 settembre 2015*, Milano, 2016, 263 ss., 263-264.

[19] Circa la progressiva emersione dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza nella disciplina nazionale degli appalti pubblici, A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; S. Simone, L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007, 119 ss.; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.; A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 398 ss.; G. Viciconte, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in G.F. Cartei (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 163 ss. Su tale tematica, v. pure S. Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1132 ss., nonché G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, ivi, 1138 ss. Sulla più ampia apertura del mercato degli appalti alla concorrenza in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, cfr. Corte cost., sent. 401/2007, par. 6.7.

[20] M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione*, cit., 993.

[21] G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 253-254, descrive il contratto stipulato a seguito della procedura di evidenza pubblica come un «matrimonio per corrispondenza» sul rilievo che, il più delle volte, l'amministrazione «può fare affidamento esclusivamente sul modo in cui seleziona il partner contrattuale e definisce in modo il più possibile dettagliato i termini della relazione comune».

re i rischi di alterazione o, peggio, di inquinamento delle procedure di selezione del contraente[22].

Le forme di negoziazione concepite come dispositivi per porre "*sotto tutela*" la pubblica amministrazione (e i suoi funzionari) «che, per caratteristiche strutturali e motivazionali e per il fatto di maneggiare risorse altrui, viene calcolata come contraente impreparato o potenzialmente disattento o come parte facilmente sviabile dagli obiettivi» del comune operatore economico[23].

La marcata diffidenza nelle operazioni di affidamento delle commesse pubbliche riecheggia ancora nella c.d. «legge Merloni»[24], approvata nella travagliata stagione di Tangentopoli, come pure nel c.d. codice «De Lise» del 2006, concretatasi in una iper-regolazione della fase di aggiudicazione, sottoposta a obblighi stringenti di pubblicità e trasparenza[25].

Nella legislazione interna si avverte pressoché costante la visione della presenza del potere discrezionale come potenzialmente eversiva, con l'esigenza di vincolare – e per quanto possibile comprimere – la scelta del contraente privato, allo scopo di preservare la procedura da qualunque rischio di alterazione.

Evidente la distanza tra la matrice culturale della disciplina domestica e il diritto europeo che privilegia criteri selettivi improntati al dialogo e alla flessibilità[26], siccome funzionali alle libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi espressamente richiamati nei considerando di apertura delle direttive del 2014[27].

Una dissonanza di stampo ideologico riconducibile al diverso apprezzamento delle rigorose forme negoziali che la normativa europea, a differenza della disciplina interna di derivazione ragionieristica[28], considera non solo (e non tanto) come uno strumento per proteggere l'Erario e il mercato dal pericolo di distorsioni amministrative, ma anche (e soprattutto) quale congegno a disposizione delle amministrazioni pubbliche per incentivare e attivare «rapporti di mer-

[22] M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, 11.

[23] *Ibidem*.

[24] L. 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, in Gazzetta ufficiale n. 41 del 19 febbraio 1994, suppl. ord. n. 29.

[25] G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 325 ss. .

[26] Nella comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017)572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», cit., viene rimarcato come, anche dopo le direttive del 2014, le procedure d'appalto negli Stati membri siano ancora troppo complesse e siano penalizzate da un onere amministrativo eccessivo.

[27] M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., 264-265.

[28] M.S. Giannini, *Origini e caratteristiche della normativa contabile del 1923-1924*, in R. Perez (a cura di), *Il completamento della riforma della contabilità pubblica*, Milano, 1988, 15 ss., ora in M.S. Giannini, *Scritti (1984-1990)*, VIII, Milano, 2006, 797 ss., 803 ss.

cato efficienti», viepiù nell'ambito di settori tradizionalmente sottratti alle dinamiche economiche[29].

La progressiva evoluzione della normativa europea nel campo dell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche si deve, infatti, alle dimensioni assunte dal fenomeno e alla «sua rilevanza come fattore economico»[30] per la creazione «del mercato unico in un'economia aperta e concorrenziale»[31].

Secondo questa logica, la disciplina europea si interessa di quei contratti che sono fonte di spesa pubblica e il cui valore economico è superiore a una determinata soglia.

In questo segmento di mercato, la domanda pubblica è, se non (quasi) esclusiva, largamente preponderante e l'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche riveste estrema importanza «ai fini dell'integrazione e concorrenzialità del mercato interno»[32].

3. *Una codificazione che non fa rima con semplificazione*

Il pacchetto di direttive europee recepito nel 2016 esprime un programma riformatore né agevole, né univoco calato in un assetto normativo interno già fortemente stratificato e caratterizzato da una non convergente impronta[33], essendo frutto della commistione di esperienze storiche e regole giuridiche assai diverse[34].

Dal canto suo, il codice introdotto dal D.Lgs. 50/2016 delinea un disegno oltremodo ambizioso e gravato di eterogenei e soverchianti propositi, anche in considerazione del fatto che la materia dei contratti pubblici non è omogenea abbracciando una pluralità di mercati di vasta dimensione e coinvolgendo interessi diversi non sempre coincidenti.

---

[29] M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 12-13.

[30] A. Massera, *I contratti*, cit., 1379, puntualizza che «la ragione dell'estensione della regolamentazione comunitaria al settore dei contratti delle pubbliche amministrazioni è strettamente dipendente dalle dimensioni quantitative del fenomeno e dalla sua rilevanza come fattore economico, stante il fatto che il valore della domanda pubblica si colloca intorno all'undici per cento del prodotto interno lordo della Unione europea». Nella comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017)572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», cit., si dà conto che la spesa complessiva per appalti pubblici ha raggiunto il 14% del prodotto interno lordo dell'Unione europea.

[31] G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 248.

[32] *Ibidem*.

[33] G.D. Comporti, *La nuova sfida*, cit., 3.

[34] A. Police, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, 175 ss., 177.

Dalla lettura dei principi informatori[35] si trae un senso di disorientamento e quasi di imbarazzo, trovandosi declinati in sequenza una varietà di obiettivi differenti.

Una sensazione acuita in ragione del fatto che la riforma si colloca nel contesto della strategia «Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»[36] varata per superare le carenze strutturali dell'economia continentale, migliorarne competitività e produttività, favorendo l'affermazione di un'economia di mercato sociale sostenibile.

All'interno di questa strategia, gli appalti pubblici assumono una particolare rilevanza nell'ottica di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando la partecipazione delle piccole e medie imprese e permettendo il conseguimento di obiettivi a valenza sociale[37].

L'europeizzazione della disciplina domestica di contrattualistica pubblica[38], inoltre, si inquadra nel più generale processo di integrazione degli ordinamenti interni degli Stati membri[39] e di tendenziale convergenza[40] dei vari sistemi amministrativi nazionali[41].

Alla molteplicità di obiettivi esplicitati nel codice vigente, si accompagna un articolato regolativo (che, di primo acchito, appare) «compendiato»[42] rispetto alla mole ben superiore del codice precedente di cui al D.Lgs. 163/2006 e del relativo regolamento di attuazione[43], che è stato realizzato in più casi accorpando isti-

---

[35] Cfr. artt. 4 e 30, comma 1, D.Lgs. 50/2016 concernenti, rispettivamente, i contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice e l'affidamento e l'esecuzione di appalti e concessioni.

[36] La strategia «Europa 2020» è illustrata nella comunicazione della Commissione europea COM(2010) 2020 del 3 marzo 2010, consultabile su *https://eur-lex.europa.eu*.

[37] Direttiva 2014/24/UE, cit., considerando n. 2.

[38] Sulla europeizzazione del diritto amministrativo nazionale per effetto delle trasformazioni indotte dal diritto europeo, G. Vesperini, *Le discipline comunitarie dei diritti amministrativi nazionali: un'introduzione*, in S. Battini, G. D'Auria, G. Della Cananea, C. Franchini, A Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano, A. Sandulli, L. Torchia, G. Vesperini (a cura di), *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008, 23 ss., 24-25. In ordine al rapporto tra diritto amministrativo europeo e diritti amministrativi nazionali, M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, 4ª ed., Milano, 2011, 121 ss.

[39] E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

[40] Sulla convergenza dei diritti amministrativi nazionali nell'ambito dell'Unione europea, S. Cassese, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 467 ss. Sul tema della regolazione europea sempre più estesa e stringente dei diritti amministrativi e delle amministrazioni nazionali per conferire unità all'esecuzione del diritto dell'Unione europea, G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011.

[41] In un'ottica critica sulle dissonanze dei differenti sistemi amministrativi nazionali, E. Ferrari, *Convergenze e divergenze del diritto amministrativo dell'Unione europea – Osservazioni sulla base delle figure dell'atto amministrativo e dell'aggiudicazione di contratti pubblici in Germania ed in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1 ss.

[42] *Le désordre normati*f e l'eccessiva proliferazione normativa sono problemi avvertiti anche in Francia, come può cogliersi da B. Stirn, *La dispersion des normes*, in *Revue du droit public*, 1/2017, 5 ss. Con specifico riguardo alla disciplina dei contratti pubblici, P. Delvolvé, *La dualitè des normes, le cas des contrats*, ivi, 11 ss.

[43] D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, «Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE», in Gazzetta ufficiale, n. 288 del 10 dicembre 2010, suppl. ord. n. 270.

tuti differenti attraverso disposizioni non sempre coerenti con la rispettiva rubrica. Al modello rigido del regolamento unico[44], si è sostituito un sistema attuativo più duttile rimesso a una serie di strumenti normativi e amministrativi di secondo livello – in cui spiccano le linee guida e gli altri atti di c.d. *soft law*[45] dell'Autorità nazionale anticorruzione[46] –, con un apparato dispositivo di primo livello sottoposto a progressivo completamento[47].

Le disposizioni di *soft law*, peraltro, si inseriscono in un sistema interno basato sulla rigida gerarchia delle fonti del diritto, rendendo problematico il loro inquadramento come attestano le varianti interpretative formulate in dottrina[48].

Già solo da questa sommaria descrizione emerge come la semplificazione e la razionalizzazione del tessuto normativo di contrattualistica pubblica siano ancora al di là da venire[49].

---

[44] Modello adesso reintrodotto, secondo quanto prevede l'art. 216, comma 27-*octies*, D.Lgs. 50/2016.

[45] Gli atti di c.d. *soft law* e, in particolare, le linee guida, pur non rappresentando una novità assoluta (cfr. art. 96, comma 6, D.Lgs. 163/2006), assurgono nel testo originario del codice a misure di regolazione di vasto impiego, con contenuti variegati ed effetti più o meno stringenti.

[46] Alla luce delle modifiche apportate dal D.L. 32/2019, il sistema imperniato sulle linee guida Anac e sui singoli decreti ministeriali attuativi è ormai in via di superamento. L'art. 216, comma 27-*octies*, D.Lgs. 50/2016 limita espressamente la vigenza o l'efficacia di una serie di linee guida Anac e decreti ministeriali attuativi, sino all'entrata in vigore dell'emanando regolamento unico, in quanto compatibili con il codice e non oggetto delle procedure di infrazione ivi indicate. Gli interventi operati dal D.L. 32/2019 ridimensionano sensibilmente il ruolo dell'Anac nel settore degli appalti pubblici e i compiti a essa affidati.

[47] Questi rilievi si devono a G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 182, il quale rimarca che l'integrazione del «quadro regolatorio di primo livello» è affidata ad «almeno 55 atti attuativi di varia natura e provenienza» – secondo la ricognizione effettuata da Cons. Stato, comm. spec., par. 30 marzo 2017, n. 782, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it* –, essendo previsti non meno di 20 «regimi disciplinari transitori […] e speciali per ragioni di importo o di ambito». Per una dettagliata ricognizione degli oltre 50 atti attuativi, R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in Aa.Vv., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione. Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna - Villa Monastero - 22, 23, 24 settembre 2016*, Milano, 2017, 65 ss., 69 ss., nt. 14.

[48] Sulla vasta gamma di sfumature e variazioni di contenuto delle linee guida emanate dall'Anac, G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.. Sulla medesima tematica, v. pure R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 28 aprile 2016, nonché C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, ivi, 29 aprile 2016. Riguardo alla qualificazione delle linee guida in termini di fonti del diritto, M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436 ss. Circa la distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti, F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* in *Dir. proc. amm.*, 2017, 381 ss. . Riguardo alla natura giuridica delle linee guida, si vedano anche i pareri resi da Cons. Stato, sez. aff. norm., comm. spec., 855/2016, cit.; Id., 2 agosto 2016, n. 1767; Id., 13 settembre 2016, n. 1903; Id., 14 settembre 2016, n. 1919; Id., 14 settembre 2016, n. 1920, tutti reperibili su *www.giustizia-amministrativa.it.*

[49] L'art. 1, comma 2, lett. a) e c), del d.d.l. delega governativo per la riforma della normativa in materia di contratti pubblici del 28 febbraio 2019, cit., significativamente impegnava il legislatore delegato «a garantire o migliorare la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa», nonché a «restituire alle disposizioni semplicità e chiarezza di linguaggio», anche «privilegiando, ove possibile, una disciplina per principi». Il preambolo del D.L. 32/2019 giustifica l'intervento legislativo in via d'urgenza con la necessità di adottare «misure volte alla semplificazione del quadro normativo e amministrativo connesso ai pubblici affidamenti, concernenti, in particolare, la disciplina dei contratti pubblici».

L'attuale impianto regolativo si profila composito e non lineare, non lasciando intravedere nitidi segnali di mutamento del sistema.

D'altro canto, l'idea che semplificazione e razionalità normativa possano conseguirsi attraverso la codificazione e la raccolta in testi unici da tempo è stata definita un «mito» e ha segnato il passo[50].

Sono trascorsi svariati lustri da che la dottrina più avanzata ha segnalato che l'unificazione in un sistema normativo deve fondarsi indefettibilmente sulla «sostanziale omogeneità dei rapporti»[51] e, traslando il concetto sul versante pubblicistico, degli interessi che tramite determinate norme si intendono tutelare.

La codificazione esprime un ideale di completezza e razionalità, comprende un'intera area giuridica e, a rigore, non dovrebbe presentare carenze, raggruppando tutte le norme in un'unica sede[52].

La codificazione nazionale – e analoghe considerazioni possono valere per quella continentale – concerne tradizionalmente alcuni rami del diritto, ma non riguarda la normazione amministrativa, benché la sua estensione renda avvertita in misura più intensa l'esigenza di sistematicità[53].

Dalla seconda metà del secolo scorso, poi, si sono smarriti «l'insieme, le linee portanti, l'architettura del diritto amministrativo»[54], manifestandosi in dottrina la propensione a superare la sistematica tradizionale, anche in ragione della relatività delle categorie concettuali acquisite e dell'inadeguatezza dell'ordine consolidato.

---

[50] Il tema è stato sviluppato nel famoso scritto di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, che ha rappresentato il punto di riferimento di un ampio dibattito scientifico intorno al moto legislativo che ha dato luogo al progressivo svuotamento del codice civile, con conseguente perdita di centralità, e l'affidamento di intere materie a sedi a esso esterne, con espressione di nuovi criteri di disciplina. Per una ricostruzione del dibattito nella dottrina privatistica, C. Castronovo, *Decodificazione. Delegificazione. Ricodificazione*, in *I cinquant'anni del Codice Civile*, *Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, Milano, 1993, II, 475 ss. .

[51] N. Irti, *«L'età della decodificazione» vent'anni dopo*, introduzione alla 4ª edizione de *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 11; Id., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 1 ss., ove si pone l'accento sul fatto che alla pluralità giuridica dei mercati deve corrispondere una pluralità di «microsistemi normativi».

[52] M. Ramajoli, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 347 ss., 350.

[53] B.G. Mattarella, *La codificazione in senso dinamico*, ivi, 2001, 709 ss., 710.

[54] S. Cassese, *Prefazione*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, I, 2ª ed., Milano, 2003, V ss., VII. Il virgolettato è riportato fedelmente da M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss., 380, che sottolinea come oggi «importanza centrale è data alle problematiche».

Fenomeni che si affiancano alla consustanziale incoerenza della normazione amministrativa[55], stante la sua irriducibile disomogeneità e l'assenza di «istituti chiave» e delle «relative tematiche centrali»[56].

Se le ultime direttive europee alle quali è stata data attuazione disciplinano in maniera preminente la materia dell'evidenza pubblica per la tutela di un interesse pubblico proprio dell'ordinamento europeo – che può identificarsi con la tutela della concorrenza, anche se deve bilanciarsi adesso con interessi ulteriori trasversalmente incidenti sulle diverse fasi delle negoziazioni pubbliche[57] –, il suo recepimento avrebbe potuto tradursi in un testo normativo in grado di assolvere tale specifica (e composita) funzione, senza essere gravato da compiti ulteriori, quali, fra gli altri, la regolazione delle attività di vigilanza e controllo sulla contrattazione pubblica, l'accelerazione del processo amministrativo, l'accesso ai rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale[58].

L'intento semplificatore del legislatore, anziché avere attenuato, sembra avere accentuato la complessità del quadro normativo di insieme[59]. La coerenza

[55] Assai attuale si rivela la serrata critica all'architettura positiva del diritto amministrativo mossa da M.S. Giannini, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, ivi, 1954, 286 ss., 286-287, il quale causticamente constatava che «nessuna normazione raggiunge, quanto a incongruenze, quella amministrativa: non vi è zona di essa nella quale non si trovino incongruenze; non solo, ma intere parti di essa sono affette da incongruenza così radicale e manifesta, da far pensare quasi che siano state dettate da un legislatore costituzionalmente sprovveduto di raziocinio».

[56] Ivi, 309, diversamente da quanto accade per il diritto privato e il diritto processuale, che possiedono un'omogeneità e nei quali si rinvengono alcuni istituti fondamentali e alcune tematiche centrali

[57] Già nella direttiva 2014/24/UE si fa espresso richiamo agli interessi ambientali, sociali e del lavoro (considerando n. 40), nonché a quelli attinenti alla «tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile» (considerando n. 41). L'art. 30, comma 1, del codice vigente prevede che, ai fini dell'affidamento e dell'esecuzione di appalti e concessioni, il principio di economicità possa essere subordinato «ai criteri, stabiliti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico». L'art. 4 che precede include la tutela dell'ambiente e l'efficienza energetica tra i principi da rispettare per l'affidamento dei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del codice. Sull'apporto fornito dal D.Lgs. 50/2016 alla crescita del collegamento tra tutela ambientale e settore degli appalti pubblici in ossequio al principio dello sviluppo sostenibile di cui all'art. 3 del Trattato sull'Unione europea, A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ.*, 2018, 157 ss. Sulle prospettive del *green public procurement*, C. Feliziani, *I «nuovi» appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, ivi, 2017, 349 ss.

[58] A. Police, *Contratti pubblici,* cit., 179.

[59] Sull'avvertita esigenza di semplificazione normativa da parte del legislatore nazionale, della quale sono espressione anche alcune norme della legge generale sul procedimento amministrativo, cui ha corrisposto l'aumento della complessità amministrativa e delle difficoltà della decisione, G. Rossi, *La complessità amministrativa*, consultabile su *www.ridiam.it,* 25 gennaio 2018. Sul fatto che fra gli elementi che intralciano la semplificazione amministrativa vi sono la proliferazione delle disposizioni normative che l'amministrazione è chiamata ad applicare e la sempre maggiore quantità di diritti e interessi (non più immediatamente riducibili alle sole figure contrapposte dell'interesse pubblico, affidato ad una "*Autorità*" amministrativa, e dell'interesse privato, a cui è diretto il comando di tale "*Autorità*") di cui essa deve tenere conto nello svolgimento della sua attività, M. Bombardelli, *Alcune considerazioni sulla complessità amministrativa (… che è diversa dalla complicazione!)*, ivi, 3 marzo 2018.

dell'intero corpo regolativo e le esigenze di «governo delle differenze»[60] avrebbero potuto fare propendere per un modello in cui fosse assegnata a ciascuna norma la sede più consona[61].

L'odierno apparato codicistico appare improntato alla tecnica ormai collaudata della «codificazione a diritto costante»[62], che risponde a esigenze contingenti[63] e produce equilibri transitori, realizzando assetti normativi meramente settoriali e non già di sistema, sottoposti a necessaria e frequente rivisitazione[64].

Questa tecnica normativa è una conseguenza della stessa «logica di frammentazione del sistema che pervade l'ordinamento odierno» ed è contemporanea al declino dell'ordine codicistico classico[65], fenomeni indotti anche dalla dimensione europea e globale della produzione del diritto che genera mutamenti continui e ragguardevoli.

4. *La problematica dimensione negoziale della contrattualistica pubblica nel contesto delle trasformazioni del diritto amministrativo*

Nel codice in vigore riecheggia l'antica ritrosia a intravedere nella formazione del contratto un'operazione economica[66], prima ancora che una decisione di spesa o una sequenza di provvedimenti e procedimenti.

---

[60] La formula nel virgolettato è mutuata dal saggio di L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo,* Bologna, 2006.

[61] A. Police, *Contratti pubblici*, cit., 178.

[62] M. Ramajoli, *A proposito di codificazione*, cit., 362-363, la quale rileva che nel «contesto generale di abbandono della forma idealtipica codificatoria, la legislazione amministrativa sta sperimentando la tecnica della codificazione «a diritto costante». L'ispirazione proviene dalla Francia, che in tempi relativamente recenti ha adottato un modello di «codificazione parziale o à droit constant». I codici settoriali attuali – puntualizza l'A. –, «al pari delle consolidazioni, rispondono essenzialmente a esigenze pratiche di conoscenza, riordino, semplificazione. Essi si basano su equilibri del tutto provvisori e criteri di settore, che è proprio ciò che la forma idealtipica di codice intendeva combattere. Non aspirano alla stabilità, bensì all'aggiornamento, subendo centinaia di modifiche, non sempre d'agevole ricostruzione». Sulla nozione di codificazione, B.G. Mattarella, *Codificazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, II, 933 ss. . Sul *Code des relations entre le public et l'administration*, entrato in vigore in Francia il 1° gennaio 2016, che opera in larga parte «a diritto costante», ordinando e semplificando la disciplina di riferimento, G. Napolitano, *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in *Giorn. dir. amm*., 2016, 5 ss., 6.

[63] Rifacendosi a B.G. Mattarella, *Codificazione e stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 365 ss., e Id., *La codificazione in senso dinamico*, cit., M. Ramajoli, *A proposito di codificazione*, cit., 363, osserva che oggi «si parla di codificazione dinamica come di una «attività parallela a quella normativa o come modo di ordinare la funzione normativa», come di «un fatto dinamico e continuo non episodico», che «richiede un'attività di manutenzione», in quanto «non è un'operazione normativa, circoscritta nel tempo, ma un modo di legiferare». Con riguardo a tale concetto, B.G. Mattarella, *La codificazione in senso dinamico*, cit., 719, espone che «la codificazione implica due attività, entrambe necessarie: da un lato riordinare il diritto esistente; dall'altro, mantenere l'ordine che si è fatto. Come è stato osservato, occorre agire sia sullo *stock*, sia sul flusso».

[64] Sulle positive ricadute della codificazione operata a diritto costante in quanto fattore di miglioramento del diritto, B.G. Mattarella, *Codificazione e stato di diritto*, cit., 379.

[65] M. Ramajoli, *A proposito di codificazione*, cit., 363.

[66] F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 328, il quale ammoniva che «l'illusione che la legalità sia per se sola sufficiente ad attestare la convenienza della soluzione, ma al tempo stesso l'imparzialità e la correttezza, può dirsi ormai tramontata».

Benché siano identificabili i tratti di una dinamica «di rilevanza aziendalistica» o «commerciale»[67] che guarda alla sostanza economica dell'«affare», considerato «nella sua materialità» (e «quindi nel rapporto tra oneri e vantaggi»)[68], appare sovrastante il valore ordinante dei classici moduli procedimentali[69]. È eloquente il disposto dell'art. 32 del D.Lgs. 50/2016 incentrato sulla rigida scansione delle fasi procedimentali di affidamento del contratto, ponendosi in continuità con il previgente art. 11 del D.Lgs. 163/2006, che, a sua volta, si ispirava prevalentemente (riepilogandone l'assetto) alla normativa di contabilità generale dello Stato nella cui prospettiva l'interesse pubblico concreto risultava recessivo[70].

Dal testo normativo traspare ancora un tendenziale «pregiudizio anticontrattuale»[71], che si traduce nei molteplici ed eterogenei limiti pubblicistici imposti all'attività negoziale delle amministrazioni aggiudicatrici. L'ineliminabile esigenza di una fase di evidenza pubblica nell'ambito del procedimento di scelta del contraente privato[72] è stata giustificata costantemente in dottrina sulla base di una serie di ragioni sussumibili nel loro insieme all'inerenza dell'attività contrattuale alla normale dialettica di svolgimento della funzione amministrativa[73].

L'impiego degli strumenti negoziali[74] non fa venire meno la funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico dell'attività amministrativa di diritto pri-

---

[67] Ivi, 320. Secondo questa visuale, il codice vigente, a esempio, impegna la stazione appaltante a ricercare il migliore rapporto qualità/prezzo attraverso la valorizzazione degli elementi qualitativi dell'offerta e la fissazione di criteri idonei a garantire «un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici» (art. 95, comma 10-bis), oppure si richiama alla nozione di «costo del ciclo di vita», ai fini della selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (artt. 95, comma 2, e 96). Nella comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017)572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», cit., si pone in risalto come, nonostante le direttive del 2014 lascino agli acquirenti pubblici la piena libertà di effettuare acquisiti sulla base di criteri costo/efficacia e basati sulla qualità, il 55% delle procedure d'appalto utilizzi ancora il prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione.

[68] *Ibidem*, precisando che «resta al di fuori dell'angusta prospettiva di un procedimento che privilegia, esasperandolo, il controllo di carattere formale; e che nessun supporto può fornire a una verifica del risultato».

[69] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 184-185.

[70] Nella nitida analisi critica della normativa di stampo contabilistico, F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 328-329, illustra che «[…] nella prospettiva dell'attuale disciplina *il grande assente è proprio l'interesse pubblico* così frequentemente e talvolta fuor di luogo richiamato: o meglio, e più precisamente, l'interesse pubblico concreto, cioè quello che può cogliersi nella vicenda storica in quanto trova origine nei fatti, e che la conoscenza degli stessi fatti concorre a definire come una relazione o posizione compiutamente individuata. La puntigliosa disciplina dell'attività contrattuale non serve a garantire l'interesse collettivo o sociale inteso in questo senso; la legge non può infatti dare ad esso una «conformazione» o una misura rispondenti alla realtà dei fatti, e quindi dei rapporti con altri interessi privati o collettivi».

[71] Il virgolettato è ripreso da G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 49.

[72] O. Sepe, *Contratto (dir. amm.), b) Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 986 ss., 991.

[73] M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

[74] Con riguardo alla distinzione tra autonomia privata e capacità generale di diritto privato della pubblica amministrazione, S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 122 ss. .

vato[75], trovando applicazione per essa le consuete regole che governano l'esercizio della funzione amministrativa[76]. Ciò vale, innanzitutto, per i principi fondamentali che presidiano l'azione della pubblica amministrazione e le manifestazioni del potere pubblico[77].

L'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni attiene pure sempre all'esercizio di un potere «legalmente tipizzato»[78].

In tale logica si pone la dimensione procedimentale dell'evidenza pubblica il cui scopo non consiste nel costruire la volontà negoziale, ma di forgiare un assetto delle posizioni e degli interessi coinvolti nelle dinamiche dell'attività contrattuale amministrativa che sia adeguato alla cura dell'interesse pubblico cui è preordinato il contratto[79].

L'inquadramento pubblicistico delle vicende formative dei contratti della pubblica amministrazione, che affonda le sue radici nella normativa di stampo ragionieristico, si deve a una ricostruzione in chiave prettamente autoritativa[80] –

---

[75] A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss., ora in Id., *Scritti giuridici (1931-1939)*, I, Milano, 1999, 271 ss. .

[76] Sui vincoli dell'attività amministrativa di diritto privato, E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, 112 ss.; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 49 ss.; G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 69 ss. Sul percorso indefettibile che la pubblica amministrazione è tenuta a svolgere per addivenire alla stipula di un contratto di diritto privato, D. De Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, reperibile su *www.giustamm.it*, 2006.

[77] Sulla riconducibilità della regola dell'evidenza pubblica al principio di legalità, intesa come «una diretta proiezione del medesimo principio sul terreno dell'attività contrattuale», F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 338. In ordine al carattere omogeneo dell'attività amministrativa di diritto privato e di quella di diritto pubblico, C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 143 ss. . Circa i valori ricollegabili alla legalità dell'azione amministrativa non inquadrabili nell'ambito di comportamenti integralmente ascrivibili all'autonomia privata, G. Pericu, *La disciplina degli appalti pubblici in Italia*, in *Quad. reg.*, IX, ottobre-dicembre 1990, n. 4, ora in Id., *Scritti scelti*, Milano, 2009, 631 ss., 637. Su tale tematica, più di recente, F. Astone, F. Martines, *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2016, 109 ss.

[78] U. Breccia, *Il contratto e l'attività di negoziazione fra pubblico e privato. Nuovi problemi di teoria generale del diritto negli anni Duemila (a proposito del volume di A. Massera, Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, Plus University Press, 2011), in *Dir. pubbl.*, 2011, 1037 ss., 1042, puntualizza che «lo "Stato che si accorda" […] agisce pur sempre nell'ambito di un potere che è legalmente tipizzato. L'integrazione con la disciplina della tradizione del diritto civile – e, in particolare, con i principi del codice in materia di obbligazioni e di contratti – permane testualmente, ma non consente di muoversi nell'ambito, per definizione atipico, dell'autonomia».

[79] S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 66. Sulla natura pubblicistica degli atti che precedono le scelte contrattuali, F. Goisis, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 815 ss.

[80] C. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti*, cit., 1, sottolinea la spiccata ambiguità dei contratti delle amministrazioni pubbliche in quanto «da una parte, si riconosce al contraente pubblico la qualità di soggetto di diritto comune, con relativa capacità giuridica, e, dall'altra, si afferma la necessità di una disciplina speciale di natura pubblicistica, dove predomina l'autoritarietà».

criticata da tempo e sottoposta a revisione con più varianti – delle scelte propedeutiche al perfezionamento dell'atto negoziale[81].

Sulla medesima direttrice si colloca la tradizionale – seppure non unanimemente condivisa – qualificazione provvedimentale degli atti formali di evidenza pubblica preparatori del contratto[82].

Questo ordine concettuale discende dalla convinzione che «l'assegnazione di appalti o concessioni rileva […] per l'ordinamento giuridico non solo come momento costitutivo di un rapporto negoziale, ma anche come scelta attributiva di un vantaggio economico, di un bene giuridico»[83]. Come tale questa scelta deve essere rispondente ai criteri di imparzialità e irreprensibilità dell'azione amministrativa[84].

D'altro canto, nella logica codicistica l'interesse pubblico continua a delinearsi, quale entità mitica e impalpabile, come una presenza immanente al contratto[85], capace di dominare e condizionare – internamente ed esternamente – ogni tipo di rapporto negoziale, impedendo la piena applicazione del diritto privato.

---

[81] In senso assai critico, F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 323, rimarca che «secondo un ordine di concetti ormai quasi pacifico, spetta al diritto pubblico disciplinare la c.d. attività di formazione del contratto; alla normativa del diritto comune sono invece soggetti fondamentalmente (e quindi con modificazioni o integrazioni più o meno rilevanti) tanto il momento propriamente negoziale quanto lo svolgimento del rapporto contrattualmente stabilito. Ma questa distinzione non vale a definire esattamente la posizione del soggetto pubblico: il quale non può dirsi vero contraente, perché *contratta esercitando potestà autoritative*, e dell'autorità si ammanta ancora nella fase di attuazione del rapporto». L'illustre A. puntualizza che «per opinione ancor oggi assai diffusa […] di quest'autorità quasi opprimente non si può fare a meno, se non si vuol che l'interesse pubblico – e quelli individuali comunque collegati – siano rimessi al puro arbitrio dell'amministrazione».

[82] Sulla contestata qualificazione provvedimentale degli atti formali che intervengono nella fase di preparazione del contratto, con la loro tendenziale riconducibilità al solo ambito civilistico mercé la piena capacità giuridica di diritto privato delle amministrazioni pubbliche, G. Greco, *I contratti ad «evidenza pubblica»*, in Id., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 3ª ed., 127 ss., 130, tratto da Id., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, *passim*, e Id., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 413 ss. .

[83] M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 167, che sul punto si riporta a F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 323-324, il quale enfatizza come «quel contratto, che nella sua espressione più consueta siamo soliti rappresentare come un mezzo, uno strumento di composizione e realizzazione d'interessi, quando sia parte l'amministrazione pubblica viene in considerazione al tempo stesso come un bene, rispetto al quale possono manifestarsi diverse aspirazioni: cioè come un bene del quale l'amministrazione può disporre a vantaggio di questo o quel soggetto […]».

[84] Così, M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 169. *Amplius*, F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 324, descrive lucidamente che «quando si tratti di commesse pubbliche, si vuole invece – ed a ragione – che del *contratto* l'amministrazione disponga imparzialmente: favoritismi e abusi debbono essere impediti ad ogni costo». Al riguardo, l'esimio A. non manca di ricordare «ma come a tutti è noto, per i giuristi del secolo passato la garanzia di correttezza dell'amministrazione è indissolubilmente legata all'idea di autorità; le forme tipiche di garanzia vengono elaborate e definite con riferimento all'esercizio della *publica potestas* (ed ancor oggi questa convinzione è saldamente radicata). Così anche nella disciplina della c.d. attività contrattuale domina il segno dell'*imperium*; la logica della «gestione» appare sopraffatta. L'attività di formazione del contatto deve essere autoritativa, quindi, per poter essere efficacemente garantita, almeno fino a quando nuovi strumenti garantistici non vengano inventati; deve essere formalizzata in ogni suo momento o aspetto, giacché soltanto in questo modo possono essere definiti puntualmente […] gli oggetti del controllo amministrativo o giudiziario».

[85] Secondo questa stessa logica, Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2256, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, enfatizza come «il contratto di diritto pubblico non può essere ritenuto come disci-

Anche nel formante giurisprudenziale è un dato acquisito che il contratto pubblico «non individua esclusivamente (e semplicisticamente) la presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì una oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento»[86].

Rispetto al contesto appena tratteggiato, la «specialità» del sistema di contrattualistica pubblica[87] si manifesta con sembianze nuove rispetto al passato, che, anche in chiave metodologica[88], sollecita un allargamento di orizzonte.

Le tendenze del diritto europeo dei contratti pubblici che evolvono verso una maggiore flessibilità delle procedure[89], cui si accompagna la marginalizzazione della centralità del prezzo quale criterio prioritario di aggiudicazione, con una sempre più accentuata attenzione per il risultato finale[90], pongono problemi di adeguamento in un ordinamento domestico impostato su schemi rigoristici nel quale gli spazi propriamente negoziali sono storicamente assai ridotti in ragione di una inveterata diffidenza culturale.

Emerge l'esigenza che l'amministrazione pubblica debba accostarsi agli ambiti di contrattualistica pubblica secondo una necessaria logica relazionale che coglie nella dimensione negoziale[91] il suo più compiuto sviluppo funzionale[92], stante lo stretto collegamento che intercorre tra soddisfazione dell'interesse pubblico e convenienza economica dell'operazione[93].

A rendere più articolato il quadro di insieme concorre la considerazione che convenienza contrattuale, rigido controllo dei comportamenti amministrativi e

---

plinato, in via generale, dal codice civile, salvo un "condizionamento" derivante dalle ragioni di pubblico interesse perseguite, per quelle parti volute dalla legge o definite pattiziamente dai contraenti. […] la finalità di pubblico interesse è immanente al contratto, ne conforma diversamente la causa e l'oggetto (sotto il profilo della sua liceità e possibilità giuridica)».

[86] Cons. Stato, sent. 2256/2017.

[87] In proposito, Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3563, ivi, rimarca che «il contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica non rifluisce "immediatamente" nella più generale disciplina del codice civile e delle ulteriori disposizioni che eventualmente regolano il rapporto patrimoniale consensualmente instaurato tra privati».

[88] Sul collegamento necessario tra metodo e sistema, S. Licciardello, *Metodo giuridico e sistema a diritto amministrativo*, in *Dir. soc.*, 2016, 279 ss., nonché M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica*, cit., *passim*.

[89] H. Caroli Casavola, *Le procedure di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 451 ss.

[90] Circa lo scopo «di risultato» della disciplina procedimentale di contrattualistica pubblica che è proprio dell'ordinamento comunitario, E. Picozza, *Genesi e trasformazione del procedimento amministrativo: influenza sulla attività contrattuale della pubblica amministrazione. Profili problematici*, in C. Franchini, F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione*, cit., 25 ss., 32.

[91] In tal senso si muoveva il programma riformatore della normativa vigente, come denota l'art. 1, comma 2, lett. g), del d.d.l. governativo del 28 febbraio 2019, cit., che, nell'ambito dei principi e criteri direttivi di delega, contempla la promozione della discrezionalità e della responsabilità delle stazioni appaltanti, «anche nell'ottica di assicurare maggiore flessibilità nell'utilizzo delle procedure di scelta del contraente».

[92] A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, *passim*. Su tale impostazione converge, L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss.

[93] G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 193.

promozione del mercato sono finalità che possono collidere, maggiormente nelle «transazioni complesse» nelle quali lo spostamento del baricentro dai vincoli procedurali al piano degli incentivi e dei controlli di risultato può favorire dinamiche competitive, a un tempo, corrette ed efficienti[94].

Un simile contesto evoca quella rivisitazione teorica di alcuni concetti basilari sovente ritenuti antitetici quali la discrezionalità amministrativa rispetto all'autonomia privata e il provvedimento rispetto al contratto[95] per i quali il classico approccio pubblicistico[96] è apparso inadeguato e non soddisfacente.

Al riguardo, si è registrata una significativa convergenza di vedute sul fatto che l'ontologica diversità tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa possa non essere così netta[97] in quanto in entrambi i casi si è al cospetto di

---

[94] M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione*, cit., 1004.

[95] Sulle relazioni intercorrenti tra questi istituti, F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, 1964, ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 1 ss.

[96] L'impossibilità di giungere a una teoria generale comune alla discrezionalità amministrativa e a quella privata è stata approfonditamente argomentata da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, ora in Id., *Scritti*, I, Milano, 2000, 1 ss., 119-120. Id., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 157 ss., 166, sottolinea che tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa «è istituibile un confronto, ma non un'analogia». Sulla stessa linea, U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 5, il quale rimarca che la destinazione a un determinato interesse pubblico «impedisce l'assimilazione dell'amministrazione alla fisionomia tradizionale dei soggetti privati». L'acquisita distinzione tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa poggia sulla diversa incidenza esercitata dalla legge sulla disponibilità soggettiva degli interessi a esse sottesi, che muta a seconda dell'appartenenza delle norme al diritto privato o al diritto pubblico. Con sintesi assai efficace, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2ª ed., Torino, 2017, 70-71, illustrano che «alle libere scelte espressione di autonomia privata non è imposto alcun fine da perseguire», essendo soggette soltanto a limiti di ordine negativo per impedire che si fuoriesca dalla sfera del lecito. Quando vi è potere discrezionale, invece, la legge non integra solo un limite per l'amministrazione, ma è deputata a indicare l'interesse (pubblico) che l'azione amministrativa è chiamata a perseguire. La «funzionalizzazione della scelta che avviene nell'esercizio del potere discrezionale» costituisce tratto distintivo della discrezionalità amministrativa dall'autonomia privata.

[97] A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss., 40-41, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, 1212 ss., 1250-1251, il quale, riferendosi al potere discrezionale dell'amministrazione, osserva che «meno evidente può apparire l'analogia con il potere negoziale, non foss'altro per il carattere di consensualità che normalmente presiede al suo esercizio, e che sembra scavare un solco tra esso e i poteri pubblicistici: ma anche i poteri negoziali, almeno nell'ambito classico della loro collocazione nel campo dell'autonomia privata, esprimono una disponibilità degli interessi in causa, sono diretti a risolvere un conflitto e a definire sfere giuridiche, sono regolati dalla legge solo quanto alle modalità di esercizio e sono insindacabili rispetto al risultato, cioè al modo in cui il conflitto è stato risolto. Sono dunque poteri dotati degli stessi caratteri di innovatività e definitività che contraddistinguono i poteri pubblici». In termini analoghi, A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, 95 e 198-199, che individua nella «possibilità di effettuare "una scelta"» ciò che unifica «discrezionalità e autonomia negoziale, in quanto entrambe identificative della disponibilità degli interessi in causa e della possibilità di definire le sfere giuridiche con carattere di innovatività» (95). In ambedue i casi – precisa l'A. – «ci si trova di fronte ad un margine decisionale che la legge ha riservato ad una volontà diversa dalla propria. Nel caso in cui questa sia pubblica, però, il rapporto tra vincolo normativo e margine libero non sembra essere tanto di continenza del secondo nei confini del primo, come accade per il potere privato, ma di "attuazione", per il tramite di una serie di scelte, di quanto solo astrattamente delineato dalla norma».

un potere giuridico[98], consistente in una sfera di dominio su una cerchia di interessi che il soggetto, al quale è consentito disporne, può regolare con un proprio atto di volontà[99].

Ne è stato inferito che «la distinzione fra pubblico e privato non attiene alla sostanza del fenomeno "potere", ma appare come una qualificazione esterna ad esso, capace di incidere sul regime giuridico, ma non di trasformarne l'essenza ultima»[100].

Un approdo che non è apparso intaccato dalla differenza nelle modalità (unilaterali o consensuali) con cui potere pubblico e autonomia privata producono ordinariamente i loro effetti giuridici[101].

In questo senso ha influito anche la clausola di equivalenza tra modalità di esercizio unilaterale e consensuale del potere come positivizzata nell'art. 11 L.

---

[98] Rispetto a una vicenda dogmatica di così grande spessore quale è la figura del potere giuridico, in questa sede evidentemente non ne è possibile una trattazione neppure sommaria, venendo richiamati soltanto taluni momenti essenziali e nei ristretti limiti nei quali ciò si rende necessario ai fini dell'indagine svolta. Questa stessa avvertenza vale pure per i richiami bibliografici operati, che sono limitati a quelli strettamente indispensabili.

[99] G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1944, 114 ss., 116, identifica il potere con «una forza attiva di cui è investito un soggetto dell'ordinamento giuridico, in guisa da produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica». In termini analoghi, G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 266. G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 238 ss., 249, definisce il potere «la fattispecie normativa di un comportamento libero, che si pone come espressione della volontà di un precetto». F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 92, qualifica il potere come situazione giuridica soggettiva. Sul «valore di categoria generale del potere che trova significativi riscontri, oltre che nel potere discrezionale dell'amministrazione, nel potere legislativo e in quello negoziale», A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., 39 e 1249. Di interesse rilevante sono pure, A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali fac. econ. comm.*, *Univ. di Messina*, 1981, 404-406; nonché G. Di Gaspare, *Contributo allo studio del concetto di potere nel diritto pubblico*, Roma, 1989. Cfr. pure A. Lener, *Potere, b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 610 ss. Con specifico riguardo alla nozione e ai caratteri del potere amministrativo, sempre senza alcuna pretesa di completezza, V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 33 ss., 34-35; S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, ivi, 2009, 739 ss.; E. Follieri, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 3ª ed., Torino, 2014, 27-28.

[100] A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., 95.

[101] Riguardo alla distinzione tra poteri pubblici e poteri privati unilaterali, la dottrina da tempo ha dimostrato che «la struttura unilaterale e l'irrilevanza del consenso degli altri interessati caratterizzano gli atti di esercizio dei poteri privati non meno che i provvedimenti amministrativi», B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 362-363. Nell'osservare che, diversamente dai poteri pubblici, l'esercizio dei poteri negoziali avviene normalmente in forma consensuale, A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., 41 e 1251, rimarca che «rispetto alla identificazione dei caratteri propri del potere in relazione alla definizione delle situazioni soggettive e alla struttura del sindacato giurisdizionale, alla qualificazione cioè della forza giuridica della quale lo stesso potere consiste e del suo prodotto (si pensi all'art. 1372 c.c.) la sua attitudine a operare unilateralmente o consensualmente appare del tutto irrilevante». In senso critico sull'impostazione unificatrice tra potere pubblico e potere privato, A. Romano Tassone, *A proposito del potere pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559 ss., 561, il quale rimarca che «tra potere pubblico e potere privato sembrano tuttora esistere, proprio sul piano giuridico, differenze significative». Secondo il compianto A., «l'accantonamento (sia pure, in ipotesi: benefico) della figura dell'imperatività non porta di necessità a dissolvere le differenze tra potere pubblico e privato, ma conduce più semplicemente ad inquadrare questa diversità da un'altra angolazione, collocandola all'interno, anziché all'esterno, del raggio d'azione della categorie tradizionali» (564).

241/1990[102], secondo cui il modulo con il quale si esplica il potere discrezionale[103], pur rilevando in termini di regime giuridico dell'atto finale, non va ad alterare i caratteri propri del potere[104], specialmente con riguardo alla regolazione degli interessi a esso demandati[105].

È stato osservato, altresì, che nell'ambito della contrattualistica pubblica la nozione di discrezionalità viene impiegata in un'accezione ampia e generica abbandonata in dottrina dalla metà del Novecento[106], ma che trova ancora riscontro nella giurisprudenza amministrativa.

In questa accezione, vi è fatta rientrare ogni modalità di azione amministrativa non vincolata *ex lege*, ovvero qualunque margine di apprezzamento o di valutazione che la legge lascia (almeno in apparenza) all'amministrazione in sede di aggiudicazione[107].

Si è puntualizzato pure che la scelta su quale offerta sia economicamente più vantaggiosa non implica esercizio del tipico potere discrezionale, anche se poi il giudice amministrativo sottopone la relativa decisione allo stesso sindacato "*debole*" utilizzato per i provvedimenti propriamente discrezionali[108].

A ben vedere, le incertezze e le antinomie che si pongono nel settore dei contratti pubblici non si esauriscono nel suo ambito.

È opinione diffusa che la vicenda a essa relativa «incrocia i grandi temi che stanno alla base delle difficoltà dell'intero sistema istituzionale e amministrativo: il controllo della spesa pubblica, l'inflazione normativa, la questione dell'ammi-

---

[102] L. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in Gazzetta ufficiale n. 192 del 18 agosto 1990.

[103] L'unitarietà della fattispecie contrattuale pubblica caratterizzata dallo stretto legame fra provvedimento e contratto, che risultano reciprocamente strumentali, è affermata da F. Pubusa, *Ancora sull'art. 21 quinquies, comma 1 bis l. 7 agosto 1990 n. 241: considerazioni sul regime sostanziale e processuale dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 507 ss., 532, la quale rileva che «la lettura dell'art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*, L. n. 241/90, mostra come, in realtà, il legislatore della l. n. 241 abbia senz'altro fatto propria una diversa ricostruzione, quella comunemente condivisa, che delinea provvedimento e contratto come fattispecie autonome».

[104] M. Nigro, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati. Problemi generali*, in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1301 ss., 1311. Sul tema, v. pure F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1469 ss., 1484, nonché E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 59-60.

[105] G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 114.

[106] Secondo l'insegnamento di M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 75, la discrezionalità richiede un raffronto di interessi concreti, mentre in sede di aggiudicazione dei contratti pubblici l'amministrazione non fa uso di veri e propri poteri discrezionali, ma effettua tendenzialmente valutazioni tecniche (cioè, fa uso di c.d. discrezionalità tecnica).

[107] In questi termini, G. Manfredi, *Recensione a G.D. Comporti (a cura di), Le gare pubbliche: il futuro di un modello, Napoli, 2011*, in *Dir. econ.*, 2011, 757 ss., 760-761.

[108] *Ibidem.* In senso analogo, E. Follieri, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE,* consultabile su *www.giustamm.it*, 2015, esclude si possa parlare di discrezionalità della pubblica amministrazione perché si tratta di contrattare, negoziare con gli operatori economici nella gara con i criteri posti a base della selezione che è espressione di autonomia, non di discrezionalità.

nistrazione e della sua discrezionalità, la questione dei controlli e del contrasto alla corruzione»[109].

Nell'epoca delle sovrapposizioni e delle contaminazioni disciplinari[110], il sistema di contrattualistica pubblica si iscrive nei processi evolutivi[111] e nelle trasformazioni del diritto amministrativo[112].

L'attività contrattuale a evidenza pubblica, che continua a essere distinta rispetto a quella che si svolge per intero nel campo privatistico (la quale, a sua volta, tende ad allontanarsi dal modello del codice civile[113]), è contrassegnata dalla contaminazione – e dalle molteplici combinazioni e integrazioni – tra il versante pubblicistico e quello privatistico[114], che induce a superare i consueti «paradigmi del contratto-atto di autonomia e del provvedimento amministrativo variamente connesso all'accordo-atto»[115].

L'identificazione della materia dei contratti pubblici come ambito speciale[116] conduce a riferire al settore regole e principi particolari che sono tali proprio

[109] A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1133-1134.

[110] L'espressione è mutuata da A. Massera, *Lo Stato che contratta*, cit., 7.

[111] Sui limiti dei paradigmi legati alle categorie concettuali consolidate per effetto delle trasformazioni che hanno investito il ruolo dello Stato, la società e il diritto positivo, S. Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 879 ss.

[112] A. Massera, *Lo Stato che contratta*, cit., 7. Analogamente, sul fatto che la materia degli appalti possa rappresentare un «settore sensibile» per saggiare «la direzione che va assumendo l'attività consensuale amministrativa e quindi, […] l'attività amministrativa nel suo complesso», E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, 1999, 11.

[113] Sulle trasformazioni che hanno interessato la stessa sistematica del contratto, ponendo in dubbio la perdurante utilità di una teoria «unitaria», V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto*, in *Pol. dir.*, 2007, 451 ss. Sulla crisi che ha investito le categorie del diritto civile, N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

[114] S. Cassese, *Le droit tout puissant*, cit., 886, definisce il diritto amministrativo un «diritto meticcio, composto di diritto speciale e di diritto civile, nel quale il primo diviene talora secondario o esorbitante».

[115] U. Breccia, *Il contratto*, cit., 1045.

[116] Sulla specialità del vigente ordinamento dei contratti pubblici, cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, reperibile su *www.giustizia-amministrativa.it*, che interpretando in modo ampio e particolare (rispetto al diritto comune) l'espressione "*contratti a titolo oneroso*" di cui all'art. 3, lett. ii), D.Lgs. 50/2016, afferma che essa può assumere «un significato attenuato o in parte diverso rispetto all'accezione tradizionale e propria del mondo interprivato», nel senso che l'onerosità degli appalti pubblici non comporta la necessaria coincidenza tra utile economico e corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale. Sull'unitarietà del tipo negoziale «appalto» (comprensivo sia dell'appalto privato, sia di quello pubblico), con conseguente portata generale della disciplina del codice civile, L.V. Moscarini, *L'appalto tra codice civile e codice dei contratti pubblici*, in Id., *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Padova, 2009, 273 ss., 274-277. L'art. 30, comma 8, D.Lgs. 50/2016, in parziale continuità con l'art. 2 D.Lgs. 163/2006, prevede l'applicabilità, quale fonte sussidiaria operante «per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi», delle disposizioni del codice civile concernenti la stipula del contratto e la fase di esecuzione, trattandosi di attività espressiva della capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche (in questi termini, E. Trenti, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, *3. I principi*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 21).

perché specifico è l'oggetto della disciplina[117], che ha indotto a prefigurare uno statuto normativo composito[118] che, ferma restando la distinzione tra le due partizioni dell'ordinamento giuridico[119], prescinda dalla categorica separazione fra diritto pubblico e diritto privato[120].

Del resto, l'ordinamento europeo sviluppa un modello di elaborazione delle norme differente, mediante l'utilizzo spesso di «un linguaggio apparentemente atecnico, non normativo, nel senso di norma che descrive il presupposto di fatto della sua applicazione», prescindendo dagli istituti giuridici affermatisi nei singoli Stati membri[121].

È il criterio ricostruttivo della «natura delle cose», che si fonda sulla logica intrinseca dei fatti per rispondere a fenomeni nuovi sfuggenti al «reticolo» normativo esistente[122]. Seguendo tale logica, il legislatore europeo non si attiene alle consuete linee di demarcazione tra diritto pubblico e diritto privato proprie degli ordinamenti nazionali[123] e non sporadicamente sperimenta nuovi istituti e modelli giuridici[124].

---

[117] G.F. Licata, *Partenariati e innovazione*, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, 419 ss., 443.

[118] U. Breccia, *Il contratto*, cit., 1047, «ove confluiscano le esperienze, non univocamente difformi tra di loro, della contrattazione integralmente privata […], della contrattazione "a evidenza pubblica" e degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti amministrativi».

[119] Sulla crisi della netta distinzione tra pubblico e privato e sulla frammentazione delle categorie giuridiche tradizionali, G. Rossi, *Le fattispecie miste pubblico-private: chiavi di lettura e questioni di metodo*, consultabile su *www.ridiam.it*, 25 giugno 2016. Riguardo al problema del diritto usato dalle «istituzioni amministrative», C. Marzuoli, *Fattispecie "miste", e pubblico e privato*, ivi, 29 settembre 2016.

[120] Circa l'esigenza della distinzione fra le due partizioni del diritto, S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 696 ss., 696-697. Sulla modernità della distinzione tra i due regimi giuridici, che si ritrova sin dagli inizi del *Corpus Iuris* giustinianeo, E. Schmidt-Aßmann, *"Quod ad statum rei romanae spectat". Riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2017, 625 ss., 627, il quale osserva che il dualismo di diritto pubblico e privato non rappresenta un *apriori*, ma un concetto *plausibile*, «perché cerca di raccogliere in due modelli di regolazione» che sono sistematicamente strutturati in modo diverso. […] Dove si esercita il potere statale, non ci si può accontentare che il diritto ponga solo alcuni limiti estrinseci». Né tale dualismo può essere «messo in dubbio per il fatto che oggi Stato e società, amministrazione ed economia, cooperino in modi multiformi».

[121] F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39 ss., 39-40, il quale, richiamando A. Dernburg, *Pandette* (trad. it.), a cura di F.B. Cicala, vol. I, parte I, Torino, 1906, 100 ss., ricorda che «risalire dai fatti alle norme per costruire un sistema è una tecnica nota quanto meno dalla Pandettistica».

[122] F. Merusi, *La natura delle cose*, cit., 40, che rileva come il criterio della «natura delle cose» abbia fatto la sua ricomparsa in diversi ordinamenti nel secondo dopoguerra per rimettere ordine fra le norme.

[123] Il superamento della dicotomia diritto pubblico-diritto privato, abbracciando una visione organica del sistema per guardare con una lente diversa il rapporto tra perseguimento dell'interesse pubblico e utilizzo delle tecniche privatistiche, in considerazione del fatto che gli strumenti offerti dalle due discipline possono ricevere indifferente applicazione a seconda della situazione concreta e del momento, è auspicato da G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, 2.

[124] A. Massera, *I contratti*, cit., 1380, secondo cui «l'ordinamento comunitario non prende posizione sul rapporto tra diritto privato e diritto amministrativo […]. I principi stabiliti vengono fissati in relazione all'obiettivo da conseguire – l'apertura dei mercati nazionali come presupposto di un vero mercato interno in una economia liberamente concorrenziale – superando, ove necessario, i confini tra le due grandi branche degli

5. *Un quadro normativo fluido tra sollecitazioni europee e condizionamenti interni*

Nell'ultima generazione di direttive europee sugli appalti pubblici[125] è dominante l'approccio strategico all'approvvigionamento pubblico perseguito attraverso semplificazione e flessibilità delle procedure.

È un approccio mirato a tre obiettivi prioritari: l'efficienza della spesa pubblica (che produce risparmio di denaro pubblico[126] e aumento degli investimenti), il conseguimento di finalità sociali (che realizza uno sviluppo equo, inclusivo e sostenibile)[127], l'efficace contrasto della corruzione e delle frodi.

Secondo questa impostazione, non è sufficiente che le negoziazioni pubbliche siano conformi al modello legale, venendo in considerazione come mere procedure amministrative[128].

Rispetto a questa visione, la disciplina nazionale, tra sollecitazioni europee e condizionamenti interni, si presenta nel complesso ancora "*liquida*" e in divenire.

Sebbene mitigata dai tentativi di riforma che si sono susseguiti per avvicinare il sistema italiano delle commesse pubbliche al modello comunitario, la propensione per regole e procedure rigide sembra avere conservato la sua supremazia culturale.

Al riguardo, viene ritenuta significativa la netta separazione[129] tra criteri (soggettivi di) qualificazione degli offerenti e criteri (oggettivi di) selezione del-

---

ordinamenti nazionali e piegando alle sue esigenze istituti presi dall'uno e dall'altro campo, fino a imprimere il proprio segno caratteristico su procedure, come quelle disciplinate dal diritto interno per la contrattualità delle pubbliche amministrazioni, pure nate secondo un principio ispiratore fondamentalmente diverso, cioè la tutela dell'interesse pubblico».

[125] R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 72-73, rimarca il contenuto iperdettagliato delle nuove direttive, che non si limitano a indicare l'obiettivo – che rappresenta il *proprium* di questa categoria di atti nel sistema delle fonti del diritto europeo –, lasciando margine sui mezzi per conseguirli. Ad avviso dell'A., le direttive del 2014 realizzano «uno snaturamento della fonte» che ben avrebbero potuto essere sostituite da un regolamento europeo, «con minori costi del processo legislativo e tempi più rapidi di armonizzazione».

[126] La comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017) 572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», cit., 4, dà conto che negli ultimi anni in Italia si è ottenuto un risparmio medio del 23% «grazie alla creazione di un sistema coordinato di identificazione delle necessità e delle procedure per gli appalti in cooperazione».

[127] Circa il riferimento nelle direttive del 2014 alle caratteristiche sociali, ambientali e innovative dell'appalto, che concorrono all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, E. Follieri, *I principi generali*, cit.

[128] In questi termini si esprime la comunicazione del 3 ottobre 2017, COM(2017) 572final, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», cit.

[129] C. Lacava, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 459 ss., 463, rileva che su tale distinzione la giurisprudenza già aveva assunto una posizione più flessibile in quanto, «pur riconoscendo principio generale delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta», ha preso atto «come spesso sussista una commistione inestricabile tra il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo del competitore».

le offerte[130] non contemplata espressamente dal codice, ma da esso presupposta e affiorante dal disposto degli artt. 94 e 95, con la conferma del fondamentale principio di tassatività dei criteri di aggiudicazione[131].

Dall'attuale impianto codicistico, in effetti, non sembra emergere una nitida dimensione strategica degli appalti pubblici.

L'aggiudicazione del contratto secondo la logica costo/efficacia – che include criteri sociali, ambientali, innovativi, di accessibilità o altri criteri valutativi – proiettata sulla qualità dell'offerta tende a rimanere a livello di disciplina di principio.

Un richiamo a tali coordinate di acquisto si rinviene nel riferimento al concetto di «costo del ciclo di vita»[132], ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa[133], con regressione[134] del criterio del prezzo più basso che, in passato, veniva utilizzato massicciamente[135] limitando la possibilità di scelta delle stazioni appaltanti.

---

[130] Il rilievo si deve a G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 184.

[131] L. Seccia, *Aggiudicazione per i settori ordinari (Artt. 94-99)*, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2017, 411 ss., 414.

[132] Artt. 95 e 96 D.Lgs. 50/2016.

[133] A. Police, *Le nuove procedure di scelta del contraente ed i criteri di aggiudicazione*, in F.G. Scoca, A.F. Di Sciascio (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50 del 18 aprile 2016)*, Napoli, 2017, 11 ss., 16, osserva criticamente che il legislatore nazionale non ha introdotto un unico criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il dettato degli artt. 67 e 68 della direttiva europea n. 24 del 2014. Accanto al criterio (inderogabile) del rapporto costo/efficacia sul sistema di base del ciclo di vita di cui all'art. 96 del codice, ha aggiunto un criterio del tutto alternativo non contemplato dalla direttiva europea «che è dato dal rapporto qualità prezzo». In questo modo, si è conservato «un criterio di aggiudicazione in tutto simile a quello precedente dell'offerta economicamente più vantaggiosa (vecchia maniera, quello che era previsto nella vigenza del codice "De Lise")». Sulla novità sistematica dell'art. 95 del codice che – superando il principio di equiordinazione dei metodi di aggiudicazione, che era proprio del D.Lgs. 163/2006 e della legislazione antecedente – esprime un *favor* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, introducendo un "sistema di gerarchia" tra i metodi di aggiudicazione, Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, punto 19.2.2., consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*.

[134] La preferenza accordata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, intesa come migliore rapporto qualità/costo (inclusa la voce prezzo), esprime un cambiamento di impostazione del codice del 2016 con la prevalenza del concetto, più evoluto e dinamico, di «costo» collegato al ciclo di vita del bene rispetto a quello, statico, di «prezzo». Il costo del ciclo di vita corrisponde all'insieme delle spese facenti carico alla stazione appaltante per l'intera durata di utilizzo del bene, laddove il prezzo (*i.e.*, il corrispettivo dell'acquisto) rappresenta soltanto una componente della più ampia nozione di costo. Questa impostazione attribuisce rilevanza a elementi economici che nel passato rimanevano non valorizzati, a discapito della qualità degli acquisiti e dell'efficienza della spesa pubblica.

[135] La discontinuità con l'assetto regolatorio di cui al D.Lgs. 163/2006 è avvertita pure da Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2019, n. 882, ivi, che ha rimesso all'adunanza plenaria la questione della corretta interpretazione dell'art. 95, commi 3 e 4, D.Lgs. 50/2016, con riguardo agli appalti di servizi «ad alta intensità di manodopera», nell'ipotesi in cui il servizio risulti essere «standardizzato». Tale pronuncia, muovendo dal dato testuale dell'art. 95, comma 2, del codice, rileva che «il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del migliore rapporto qualità/prezzo oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita» integra «il metodo ordinario e generale di aggiudicazione», con conseguente «palese sfavore per il criterio del prezzo più basso, cui resta riservato un rilievo del tutto residuale, circoscritto a fattispecie tipizzate e, peraltro, soggetto ad un rigoroso obbligo di motivazione». A tale questione ha dato soluzione Cons. Stato, ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8, ivi, stabilendo che gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera, ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a, D.Lgs. 50/2016, sono sempre aggiudicati con il criterio del migliore rapporto qualità/prezzo, pure nell'ipotesi in cui gli

Nello stesso verso si pone la considerazione riconosciuta dal codice (artt. 100-113-bis) alla fase di esecuzione, che corrobora una concezione funzionale – e non più meramente contabilistica – del contratto nell'interesse pubblico all'esatto adempimento.

L'attenzione rivolta al momento esecutivo del rapporto si colloca nel solco della normativa europea a tutela della concorrenza che, inerendo alla disciplina complessiva degli appalti pubblici[136], non è limitata alla fase di scelta del contraente, ma si estende alla fase cronologicamente successiva dell'esecuzione[137].

D'altronde, il tenore dell'art. 30 D.Lgs. 50/2016 è inequivoco nel sancire che l'esecuzione (e non solo l'affidamento) del contratto deve garantire la «qualità delle prestazioni», nell'ottica di risultato che deve pervadere l'intera operazione negoziale.

Il rilievo pubblicistico del momento esecutivo emerge – già in sede di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa – anche dalla possibilità di valutare la qualità del personale utilizzato quando possa avere un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto (art. 95, comma 6, lett. e), come pure dal termine di esecuzione e dalle altre condizioni di consegna (art. 95, comma 6, lett. g).

Proprio la fase esecutiva si rivela quella più critica in quanto caratterizzata da un paradigma della concorrenza meno intenso[138], nella quale più deboli sono i presidi di trasparenza e i dispositivi di controllo[139], favorendo l'improprio impiego degli istituti della proroga, del rinnovo, della variante in corso d'opera,

---

stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate, ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b. A. Police, *Le nuove procedure di scelta*, cit., 14, ricorda le distorsioni prodotte dal costante impiego del criterio del prezzo più basso, che ha dato luogo al fenomeno delle offerte anormalmente basse, con prestazioni qualitativamente assai modeste.

[136] G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, Torino, 2016, 109 ss., 137, rilevano che «le nuove direttive europee sui contratti pubblici, innovando il previgente sistema, introducono talune disposizioni anche sulla fase di esecuzione del contratto per assicurare la tutela della concorrenza, che risulterebbe vanificata ove le condizioni dell'offerta aggiudicataria non venissero rispettate durante l'esecuzione contrattuale».

[137] A. Lamorgese, *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit., 315 ss., 327. Riguardo alle criticità scaturenti dalla separazione tra la fase pubblicistica di formazione del contratto e quella esecutiva di carattere privatistico, ai fini del conseguimento dei risultati dell'intera operazione negoziale, G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 101 ss. .

[138] G.M. Racca, R. Cavallo Perin, G.L. Albano, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public contract law journal*, 2011, 89 ss.

[139] V. Ferraris, *La vulnerablità degli appalti pubblici*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, cit., 65 ss., 79, osserva che «la fase di post-aggiudicazione risulta essere la meno controllata di tutte le fasi dell'appalto pubblico […], anche a causa della carenza di norme e procedure ben definite. […] le autorità aggiudicatrici sembrano dimenticarsi del contratto dopo averlo firmato e raramente controllano le prestazioni di un appaltatore». L'A. puntualizza che nella maggiore parte dei Paesi UE «si monitora la procedura d'appalto, ma solo eccezionalmente la fase di esecuzione del contratto».

che possono alterare significativamente, anche in modo sostanziale, il contenuto del contratto, svuotando di significato l'intera procedura a evidenza pubblica[140].

Il momento esecutivo risulta esposto pure a ulteriori rischi di manipolazione per effetto delle rinegoziazioni di contratti aggiudicati e l'ampia gamma dei contratti di subappalto, connotate da elevata discrezionalità, che sovente può debordare in arbitrio.

L'attuale impianto codicistico va apprezzato alla luce della disciplina complessiva di settore che non si esaurisce nel D.Lgs. 50/2016 e negli atti (decreti ministeriali, linee guida Anac ecc.) che da esso derivano[141].

Nonostante la preminenza del *corpus* normativo, vi sono disposizioni ulteriori di considerevole impatto esterne al codice emanate in tempi recenti dal legislatore statale.

Si tratta delle molteplici norme *extravaganti* introdotte per fare fronte alla negativa congiuntura economico-finanziaria e volte al contenimento della spesa pubblica e all'ottimizzazione dell'impiego delle risorse della collettività.

In tale novero, rientra la previsione che ha esteso a tutte le pubbliche amministrazioni l'obbligo (in precedenza gravante soltanto sulle amministrazioni statali centrali e periferiche) di ricorrere al mercato elettronico della pubblica amministrazione (m.e.p.a.)[142] per gli acquisiti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria[143].

Vi sono, inoltre, le disposizioni, incluse nella c.d. *spending review 2*[144], che hanno consolidato il sistema centralizzato di acquisizione dei beni e servizi da

---

[140] R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss., 330-331, i quali rimarcano che «empiricamente si è rilevato che la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, poiché la ragione dell'aggiudicazione è tradita dalla inesatta o infedele esecuzione contrattuale, non importa se per effetto di interessi collusivi tra l'aggiudicatario e la pubblica amministrazione, oppure per mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione contrattuale ed ancora prima per una incoerente ed inadeguata redazione dei capitolati».

[141] A mente dell'art. 2 D.Lgs. 50/2016, agli atti indicati si aggiungono le eventuali leggi regionali che, nel rispetto del sistema costituzionale di riparto delle competenze, possono regolare determinati aspetti della materia.

[142] Il m.e.p.a. è un dispositivo di *e-procurement* previsto dall'art. 1, comma 450, L. 27 dicembre 2006, n. 296, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)», in Gazzetta ufficiale, n. 299 del 27 dicembre 2006, suppl. ord. n. 244, che permette alle pubbliche amministrazioni di acquistare beni e servizi (di importo pari o superiore a 1.000 euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario), mediante procedure di scelta del contraente gestite interamente per via elettronica e telematica e alle quali possono accedere gli operatori economici abilitati.

[143] Art. 7 della c.d. *spending review* di cui al D.L. 7 maggio 2012, n. 52, «Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica», in Gazzetta ufficiale n. 106 del 8 maggio 2012, convertito in L. 6 luglio 2012, n. 94, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, recante disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica», in Gazzetta ufficiale, n. 156 del 6 luglio 2012.

[144] Art. 1 D.L. 6 luglio 2012, n. 95, «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini (nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario)», in Gazzetta ufficiale, n. 156 del 6 luglio 2012, suppl. ord. n. 141, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 135, «Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini», in Gazzetta ufficiale, n. 189 del 14 agosto 2012, suppl. ord. n. 173.

parte delle pubbliche amministrazioni – accrescendo il ruolo strategico di Consip S.p.A.[145] e delle centrali regionali di committenza nel mercato delle commesse pubbliche –, prevedendo la nullità dei contratti stipulati in violazione dell'obbligo di approvvigionamento attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione dalle stesse centrali, cui si affianca la responsabilità disciplinare e amministrativa dei soggetti ai quali sia ascrivibile la relativa violazione[146].

Si aggiungono le disposizioni che hanno introdotto l'obbligo di rinegoziazione delle condizioni economiche dei contratti in corso di esecuzione stipulati autonomamente dalle amministrazioni pubbliche, con facoltà di recesso unilaterale, in caso di mancato assenso dell'appaltatore, qualora si possano ottenere condizioni economiche migliorative attraverso l'adesione alle convenzioni di Consip S.p.A.[147].

Tali preminenti esigenze di controllo e di contenimento della spesa pubblica assumono prevalenza rispetto alla tutela della concorrenza, alla libertà negoziale e all'affidamento del contraente privato[148], riverberandosi sulla tenuta delle dinamiche di mercato.

Non soltanto esigenze di coerenza e sistematicità sembrano concorrere a che pure queste disposizioni esterne alla sede codicistica vengano interessate dall'intrapreso nuovo riordino della normativa di contrattualistica pubblica, ma anche il bisogno di pervenire a un quadro regolatorio complessivo orientato a una maggiore flessibilità delle procedure di scelta del contraente[149].

6. *Il necessario equilibrio tra flessibilità delle procedure e rigorosità dei controlli*

A dispetto del rigore che connota le procedure negoziali e degli obiettivi di finanza pubblica sottesi anche alle disposizioni extracodicistiche appena ricordate, il settore delle commesse pubbliche si delinea come uno di quelli più esposti all'esorbitante lievitazione dei costi.

---

[145] Come è noto, Consip è la società per azioni, partecipata al 100% dal Ministero dell'economia e delle finanze, la cui nascita risale al D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 414, «Attività informatiche dell'Amministrazione statale in materia finanziaria e contabile», in Gazzetta ufficiale, n. 282 del 3 dicembre 1997. Ai sensi dell'art. 26 L. 23 dicembre 1999, n. 488, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziario 2000)», in Gazzetta ufficiale, n. 302 del 27 dicembre 1999, suppl. ord. n. 227, con il D.M. 24 febbraio 2000 (in Gazzetta ufficiale, n. 58 del 10 marzo 2000) è stato conferito alla Consip l'incarico di stipulare convenzioni e contratti quadro per l'acquisto di beni e servizi per conto delle amministrazioni dello Stato.

[146] L'art. 15 D.L. 95/2012 reca anche misure specifiche per il contenimento della spesa sanitaria e farmaceutica.

[147] Art. 1, comma 13, D.L. 95/2012.

[148] Sulla recessività del «lato privatistico del rapporto» in ragione delle esigenze pubblicistiche del buon uso delle risorse nelle operazioni contrattuali organizzate dalle amministrazioni, F. Fracchia, L. Gili, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2013, 41.

[149] Cfr. art. 1, comma 2, lett. a) e g), d.d.l. di delega governativo per la revisione della normativa in materia di contratti pubblici del 28 febbraio 2019, cit.

Un dato che si pone in senso esattamente inverso all'economicità[150] dell'attività contrattuale pubblica, vale a dire all'interesse sostanziale – e, quindi, all'interesse prettamente «economico» – delle amministrazioni pubbliche di acquisire beni e servizi a un costo contenuto e, comunque, congruo rispetto al mercato di riferimento.

In non pochi casi l'abnorme crescita dei costi si deve a intese collusive e anticoncorrenziali tra imprese partecipanti alla gara[151] e a condotte scorrette (se non fraudolente) ascrivibili anche ad agenti e operatori pubblici[152].

Da epoca risalente gli appalti pubblici si segnalano quale settore «a legalità ridotta»[153].

In particolare, il comparto delle infrastrutture in Italia risulta tra i più vulnerabili alla corruzione, alle infiltrazioni della criminalità organizzata e alle illecite collusioni[154], fenomeni che si collocano, quantitativamente, in misura maggiore nella fase successiva all'aggiudicazione, in sede di controlli di qualità e di completamento dei contratti[155]. L'alta velocità è tra le opere infrastrutturali più onerose per gli elevati costi unitari[156].

---

[150] Il principio di economicità nell'affidamento e nell'esecuzione degli appalti pubblici di cui all'art. 30, comma 1, D.Lgs. 50/2016 non collima con quello di economicità dell'azione amministrativa valorizzato dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, che si riconnette alla semplificazione e all'accelerazione dell'attività delle stazioni appaltanti, cfr. Cons. Stato, comm. spec., par. 12 febbraio 2018, n. 361, 11, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, concernente l'aggiornamento delle linee guida Anac per le procedure di affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

[151] R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 69, nt. 10, ricorda che nelle procedure suddivise in lotti – che si impongono ora per regola – sono state esposte a frequenti fenomeni di *bid ridding*, vale a dire ad intese tra i concorrenti volte alla spartizione dei singoli lotti oggetto di aggiudicazione.

[152] Nella contrattualistica pubblica, M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71 ss., 83, individua due «problemi di agenzia. Il primo si riferisce ai rapporti con il fornitore; il secondo ha una dimensione interna ai rapporti tra stazione appaltante e dirigente o funzionario responsabile della procedura».

[153] Sulle varie forme del fenomeno corruttivo, F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 177 ss., 178. Riguardo alla «convinzione radicata che nel sistema degli appalti la corruzione sia modello di condotta generalizzato e vincente», A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 265 ss., 291. G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina*, cit., 112, sottolineano che «la corruzione è risultata particolarmente diffusa nel settore dei contratti pubblici per l'inefficienza che ha caratterizzato ogni fase del *public procurement cycle*, dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione». Sui rischi di pratiche corruttive e infiltrazioni della criminalità organizzata nelle diverse fasi delle procedure di appalto, V. Ferraris, *La vulnerablità degli appalti pubblici*, cit., 73 ss. V. pure G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa*, cit., nonché G. Manfredi, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb. app.*, 2015, 749 ss.

[154] Il rilievo si ritrova anche in Cons. Stato, comm. spec., par. 855/2016, 4.

[155] Questi dati sono stati estratti dalla relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione, Allegato sull'Italia, del 3 febbraio 2014, COM(2014) 38 final, consultabile su *https://eur-lex.europa.eu*. In tale relazione, il costo della corruzione nel settore delle c.d. grandi opere, comprese le perdite indirette, è stimato nel 40% del valore totale dell'appalto.

[156] La relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione del 3 febbraio 2014, cit., illustra che il costo medio in Italia dell'alta velocità è stato calcolato in 61 milioni di euro al chilometro, contro i circa 9-10 milioni di euro in Francia, Spagna e Giappone. Il costo al chilometro è stato di 47,3 milioni di euro nel tratto Roma-Napoli, di 74 milioni di euro nel tratto Torino-Novara, di 79,5 milioni di euro nel tratto Novara-Milano, di 96,4 milioni di euro nel tratto Bologna-Firenze, contro gli appena 10,2

Occorre prendere atto che, se «la regolazione rigida e preventiva dei procedimenti selettivi tende a ovviare alle difficoltà che incontrerebbe un sistema di controllo dell'operato dei funzionari basato sull'osservanza postuma dei risultati contrattuali conseguiti»[157], la minuta scansione dei meccanismi di gara che caratterizza tuttora la disciplina nazionale – alla quale studi di rilevante interesse ancora imputano, criticamente, la «spersonalizzazione» delle scelte negoziali e l'incapacità di «discernimento» e di individuazione delle soluzioni migliori[158] – non è sufficiente ad arginare gli elevati rischi di arbitri, turbative e corruttele[159].

Nei differenti momenti dell'evidenza pubblica, l'ampiezza del potere discrezionale dell'amministrazione raggiunge la massima estensione nella fase della selezione del contraente privato e tende a dissolversi, ma senza mai svanire completamente, in quella di esecuzione del contratto. I vincoli dell'azione amministrativa nella procedura a evidenza pubblica non soltanto non si sono rivelati una strategia efficace per contrastare i fenomeni ricordati, ma hanno prodotto inefficienza e rallentamenti dell'intera operazione di affidamento.

D'altro canto, una raffinata corrente dottrinaria riconosce all'interno dell'area occupata dal potere discrezionale un ambito sottratto a qualsiasi condizionamento giuridico[160], in cui le norme assumono valenza recessiva e nel quale soccorrono altri criteri a indirizzare l'agire pubblico[161].

---

milioni di euro al chilometro per la Parigi-Lione, i 9,8 milioni di euro della Madrid-Siviglia ed i 9,3 milioni di euro per la Tokio-Osaka.

[157] M. Cafagno, *Gare pubbliche*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2651 ss., 2652. Come è noto, a seguito dell'art. 19 D.L. 24 giugno 2014, n. 90, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, in Gazzetta ufficiale, n. 144 del 24 giugno 2014, convertito in L. 11 agosto 2014, n. 114, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», in Gazzetta ufficiale, n. 190 del 18 agosto 2014, suppl. ord. n. 70, l'Anac ha assunto la *governance* del settore dei contratti pubblici attraverso una pluralità di penetranti poteri di intervento anche *ex ante* tendenti a supportare in tempo reale le amministrazioni aggiudicatrici nella gestione concreta della gara.

[158] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 178.

[159] A. Pajno, *Introduzione*, in P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, cit., XVII ss., XXI. In termini analoghi, E. Follieri, *I principi generali*, cit. Sugli interventi legislativi di contrasto alla corruzione, G. Piperata, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, consultabile su *www.federalismi.it*, 16/2015. Sul rischio corruttivo, nel quale si intende ricompreso «ogni fenomeno di asservimento della funzione amministrativa all'interesse privato», G. Gallone, *La prevenzione amministrativa del rischio-corruzione*, in *Dir. econ.*, 2018, 349 ss.

[160] A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 155-156, che distingue «all'interno dell'area occupata dal potere discrezionale, tra ciò che è "coperto" dalla legge (e che come tale non può che attenere a rapporti intersoggettivi e dare adito a tutela piena) e ciò che invece attiene all'opportunità, e che dunque non è in alcun modo regolato e non può essere oggetto di alcuna tutela giurisdizionale» (155). Alla luce di tale distinzione, l'insigne A. precisa che «l'insindacabilità del merito non discende soltanto, in negativo, dall'assenza della legge, ma anche, in positivo, da una (a nostro avviso) ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge (deve potersi svolgere) l'autonomia e la responsabilità politica dell'amministrazione in quanto democraticamente legittimata» (156).

[161] V. Brigante, *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, in *Dir. econ.*, 2018, 955 ss., 979.

Secondo questa ricostruzione, in qualunque potere è ravvisabile un «nucleo decisionale intangibile, estraneo al diritto e quindi "libero"»[162].

La scelta di «merito» (o «politica»), in quanto ricadente in un ambito non raggiunto (e non raggiungibile) dalle norme puntuali o di principio è espressione di libertà[163] e, al pari di quanto avviene per i poteri negoziali, intangibile anche da parte del giudice[164]. Queste considerazioni non equivalgono a porre in discussione – ma, semmai, acuiscono – l'esigenza di presidiare la correttezza e l'imparzialità delle procedure negoziali, tuttavia l'esperienza e la cruda analisi dei dati dimostrano che automatismi e regole procedimentali improntati a trasparenza e legalità da soli si rivelano inadatti allo scopo. L'eccesso di regole e i troppi vincoli all'azione pubblica non riescono a sortire l'effetto auspicato[165], sollecitando la sperimentazione di nuovi strumenti e strategie. È noto che i vincoli procedurali di evidenza pubblica rilevano tradizionalmente riguardo sia agli atti e ai comportamenti dei funzionari preposti alla gara, sia alle possibili influenze dei vari interlocutori della committenza pubblica. Sul versante interno le formalità concorsuali riducono i margini di manovra di agenti e funzionari pubblici, contenendo il pericolo di errori e di scelte intenzionalmente scorrette[166]. Sul versante esterno i congegni legali circoscrivono il rischio di alterazioni dannose e condizionamenti distorsivi[167], eventualità che aumentano quanto maggiori sono le implicazioni economiche della decisione del committente pubblico e la sua incidenza sugli interessi di soggetti privati «forti» e gruppi di pressione[168].

---

[162] A. Proto Pisani, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, *Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, Napoli, 2016, 149 ss., 157, sottolinea che «laddove ci sia la presenza di un potere altamente discrezionale vi è libertà, come vi è libertà nell'autonomia privata, e non c'è possibilità di controllo da parte di alcuno». In termini analoghi, C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 352 e 356 ss. Su tali ricostruzioni, S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., 765 ss.

[163] In termini problematici sull'accostamento tra poteri amministrativi e poteri privati, L. Ferrara, *Individuo e potere in un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 3/2016 (suppl.), 11 ss., 73-74.

[164] Così, G. Poli, *La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2/2018, 353 ss., 369, che individua una zona dell'agire amministrativo «che si genera per scissione da quella componente regolata dal diritto».

[165] R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 67, che si riporta ad A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

[166] M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 170-179. A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità*, cit., 267, rileva che «il carico di regolazione è riconducibile a un'applicazione estensiva del principio generale, tipico degli ordinamenti giuridico-amministrativi di origine romanistica, volto a circoscrivere il più possibile l'esercizio di poteri discrezionali in quanto possibile fonte di prevaricazioni, ruberie o trattamento privilegiato degli utenti».

[167] M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 170-179.

[168] In proposito, A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità*, cit., 268 e 275, evoca «reti di relazioni occulte», evidenziando che «una prima fase nella quale si presentano occasioni di corruzione è quella di identificazione dei bisogni di natura pubblica da soddisfare attraverso l'attività contrattuale, predisposizione dei meccanismi decisionali e stanziamento delle risorse finanziare occorrenti».

La selezione concorsuale si pone come elemento di congiunzione tra ordinamento ultranazionale[169], nel quale la competizione è a protezione delle libertà economiche fondamentali, e diritto nazionale, nel quale la gara è comparsa sin dai suoi albori per disinnescare sul nascere accordi collusivi. L'evoluzione della disciplina di evidenza pubblica rende superato lo schema della «chiamata dell'impresa privata all'interno di un potere amministrativo incondizionato»[170].

In questa direzione depongono anche i canoni di correttezza e buona fede in senso oggettivo[171], che devono permeare l'attività contrattuale pubblica in tutti i suoi momenti[172] anche quando si svolge mediante provvedimenti amministrativi[173].

Di qui un'inclinazione della dottrina a registrare un ampliamento degli ambiti di scelta negoziale e una minore diffidenza dell'ordinamento rispetto ai margini di apprezzamento delle stazioni appaltanti, che favoriscono il dialogo con il mercato per ricercare le soluzioni più consone alla dimensione dei problemi e degli interessi per i quali la committenza pubblica è chiamata a intervenire[174].

---

[169] Sul punto, G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 251, ricorda che «il diritto europeo ha individuato il principio di concorsualità come modalità generale per la scelta del contraente pubblico».

[170] G. Berti, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, 47 ss., 60.

[171] C. Castronovo, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 ss. Sul principio di buona fede nel diritto amministrativo, F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, 2001; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, *Padova, Venezia, Treviso*, *14-15-16 giugno 2001*, III, Padova, 2003, 471 ss.; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2001, 317 ss.

[172] C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.

[173] L'obbligo della pubblica amministrazione di rispettare i principi civilistici di correttezza e buona fede in tutte le fasi della procedura a evidenza pubblica di stampo autoritativo, anche anteriori alla scelta del contraente, l'inosservanza dei quali può dare luogo a responsabilità precontrattuale della parte pubblica in termini di lesione della altrui libertà di autodeterminazione negoziale, costituisce principio acquisito nella giurisprudenza amministrativa, v., da ultimo, Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, su cui G. D. Comporti, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, 1984 ss. Per una recente ricognizione sull'evoluzione giurisprudenziale e dottrinaria riguardo agli obblighi di buona fede e correttezza nell'attività negoziale della pubblica amministrazione, L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 225-234. Sul dovere di correttezza che si traduce in obblighi comportamentali di buona fede, protezione, informazione, *clari loqui* gravanti sulla stazione appaltante, a fronte di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, imperniata su trattative «multiple o parallele», che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte, Cass., 3 luglio 2014, n. 15260, in *Foro it.*, 2015, I, 643 ss. (con nota di G. Galli, ivi, 646 ss.), i cui passaggi sono stati ripresi da Cons. Stato, ad. plen., sent. 5/2018. Nei medesimi termini, Cass., 12 maggio 2015, n. 9636, in *Giur. it.*, 2015, p. 1963 ss., con nota di G.M. Racca e S. Ponzio, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni* (ivi, 1965 ss.), nonché Id., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro it.*, 2016, I, 2685 ss.

[174] G.D. Comporti, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2007, 231 ss., 269.

In questo modo assume consistenza il «modello dell'amministrazione del dialogo»[175], che si vuole destinato a soppiantare gli assetti consueti del modello del «decisore imparziale»[176] in virtù di una feconda interlocuzione tra le parti negoziali nell'ambito di una maggiore paritarietà nei rapporti tra amministrazione pubblica e privati.

Il «modello dell'amministrazione del dialogo», tuttavia, non costituisce l'unica tendenza evolutiva del settore, come pure il diritto europeo non abbraccia completamente la logica della flessibilità[177].

Il dominio del formalismo giuridico con rigida separazione in fasi e subprocedimenti dell'affidamento dell'appalto rende non agevole la gestione dei profili inerenti alla esecuzione[178] e, con essa, il conseguimento del risultato dell'unitaria operazione negoziale[179].

Allo stesso tempo, modelli basati soltanto sul dialogo con il mercato non risultano sempre possibili e, in molti casi, neppure auspicabili. Il «baratto» tra

---

[175] *Ibidem*. In ordine al nuovo modello di contrattualità pubblica impostato sul dialogo, G. Manfredi, *Recensione a G. D. Comporti*, cit., 761-762, nel dubitare che possa accreditarsi quale esclusivo modello del futuro, iscrive la tendenza nel quadro delle riforme che negli ultimi due decenni hanno interessato tutti i Paesi occidentali, mutando la struttura e il funzionamento delle pubbliche amministrazioni che «dismettono la tradizionale posizione di separatezza e di sovraordinazione nei confronti della società e del mercato, con cui anzi prendono a intrattenere relazioni di tipo collaborativo». Al riguardo, l'A. richiama studi di sociologia del diritto e di scienza dell'amministrazione (per tutti, E. Gualmini, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2004) che riconducono questa tendenza al paradigma del *new public management* connotato dall'impiego di moduli organizzativi e tecniche e metodi di gestione di stampo aziendalistico, mutuati dalle imprese private, con superamento del tipico modello burocratico.

[176] Con le formule «modello del dialogo» e «modello del decisore imparziale», G.D. Comporti, *Lo Stato in gara*, cit., 233-240 e 268-269, designa, nel primo caso, l'ampliamento dei margini di apprezzamento dell'amministrazione aggiudicatrice ai fini della selezione della migliore offerta disponibile sul mercato, nel secondo caso, la compressione di tali margini per effetto di sistemi di aggiudicazione automatici, ovvero di modalità operative rigorosamente vincolate. In proposito, R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 65-66, ricorda che l'impostazione del codice del 2006 – che si poneva in continuità con quella della legge Merloni del 1994, a sua volta concepita sull'onda di Tangentopoli – «era quella di un azzeramento formale della discrezionalità delle stazioni appaltanti», salvo poi il legislatore ad intervenire ripetutamente, in via di decretazione d'urgenza, «per introdurre regimi "alleggeriti"».

[177] G. Manfredi, *Recensione a G.D. Comporti*, cit., 763.

[178] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 195.

[179] Id., *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in Id. (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit., 1 ss., 19-20, evidenzia come ciò spieghi l'aumento esponenziale negli ultimi anni dei casi nei quali si è fatto «improprio ricorso a misure tipiche dell'emergenza», ossia alle ordinanze di protezione civile già previste dalla L. 24 febbraio 1992, n. 225, *Istituzione del servizio nazionale della protezione civile*, in Gazzetta ufficiale, n. 64 del 17 marzo 1992, suppl. ord. n. 54 (ora disciplinate dal D.Lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, *Codice della protezione civile*, in Gazzetta ufficiale, n. 17 del 22 gennaio 2018), estese anche a «ipotesi di «grandi eventi» non strettamente attinenti a situazioni imprevedibili di emergenza o di pericolo e per le quali si legittima il ricorso a procedure derogatorie», ovvero all'impiego di varie figure «di commissari straordinari, dotati di poteri speciali in deroga alle diposizioni ordinarie».

garanzia ed efficienza in campo contrattuale è un'operazione che non può essere consentita[180].

Tanto più che le garanzie legali sono funzionali alla tutela della concorrenza e, quindi, a un regolare confronto tra gli operatori economici[181].

Allo stesso tempo, la tensione fideistica verso il modello ideale dell'economia del libero mercato non trova unanime condivisione in dottrina, già solo in ragione dei fattori che ne condizionano gli assetti[182].

La fisiologica dialettica vincolo-discrezionalità implica la ricerca di un punto di equilibrio tra le due combinazioni «flessibilità/negoziazione» e «concorrenza/buon andamento»[183].

Il modello «del dialogo» e quello «del decisore imparziale» sembrano destinati a convivere, almeno fin tanto che i sistemi di aggiudicazione improntati all'interlocuzione tra le parti negoziali non riescano a sviluppare meccanismi di garanzia differenti rispetto a quelli usuali, ma altrettanto efficaci[184].

Le questioni che si frappongono a una gestione piana e, a un tempo, corretta e flessibile dell'attività contrattuale pubblica sono sintomatiche delle difficoltà di ordine più generale di coniugare «imperativi economici ed interessi pubblici»[185], una relazione che nel diritto europeo si ritiene abbia raggiunto ormai un «certo bilanciamento»[186], mentre nella codificazione nazionale di ultima generazione appare ancora in divenire.

Incertezze di fondo sulla portata delle garanzie procedimentali e limitata consapevolezza della dimensione economica delle scelte negoziali non sembrano avere trovato compiuta soluzione nella stagione riformatrice contemporanea.

Non appare ancora raggiunto l'approdo più lineare – e, verosimilmente, più congeniale – di un'amministrazione pubblica attenta al regolare svolgimento del-

---

[180] F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione. Note sul progetto della Commissione «bicamerale»*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, cit., 449 ss., 452, sottolinea come «la legalità e l'efficienza non possano formar oggetto di uno scambio». Questo perché «l'efficienza sta solo ad esprimere un dato d'ordine economico come appunto il rapporto costi-ricavi o risultati, la legittimità, almeno negli ordinamenti in cui la forza della legge non riposa sul *Fuherprinzip* ma su una volontà manifestata in forma democratica, esprime invece un valore vero e proprio o qualche cosa che ci consente di attingere al mondo dei valori» (453).

[181] G. Manfredi, *Recensione a G. D. Comporti*, cit., 763.

[182] A. Roncaglia, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005.

[183] F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., 40. Ivi, 27, puntualizza che per flessibilità deve intendersi la «possibilità di deroga in concreto dei canoni di economicità e concorrenza. Una deroga che passa per il potere riservato all'amministrazione di adattare la gara rispetto agli interessi emergenti».

[184] G. Manfredi, *Recensione a G.D. Comporti*, cit., 765.

[185] M. D'Alberti, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 51 ss., 62, il quale sottolinea che «la globalizzazione e le discipline ultranazionali dei mercati assegnano un'importanza sempre più evidente agli imperativi economici, alle iniziative imprenditoriali, alle libertà di scambio di beni e servizi».

[186] Ivi, 63.

le procedure di gara, ma pure in grado di relazionarsi con i propri interlocutori economici[187] in modo efficace ed efficiente[188].

7. *Le possibili convergenze tra diritto europeo degli appalti pubblici e disciplina interna di evidenza pubblica*

È assodato che le ragioni ispiratrici del diritto europeo degli appalti pubblici non sono coincidenti con quelle della normativa nazionale.

La concorrenza è reputata un elemento essenziale delle norme di origine e di derivazione comunitaria[189], che hanno assunto un quasi totale dominio della complessiva disciplina di settore.

L'influsso del diritto europeo ha innescato un processo di ravvicinamento all'ordinamento comunitario delle regole interne di evidenza pubblica[190].

Improntato originariamente ai canoni di legalità e imparzialità[191], il sistema italiano delle commesse pubbliche si è orientato gradualmente verso l'ingresso e il consolidamento di «dinamiche competitive» a protezione della «libertà di mercato»[192].

Il concetto di gara, di confronto competitivo, è parte integrante della disciplina interna di formazione dei contratti pubblici.

Al pari di altri Paesi europei, la legislazione nazionale già di fine Ottocento contemplava procedure concorrenziali per la conclusione dei contratti delle amministrazioni pubbliche.

La competizione tra gli operatori privati, tuttavia, aveva uno scopo completamente diverso da quello perseguito, a partire dagli anni '70 dello scorso secolo, dal diritto europeo e recepito dagli ordinamenti degli Stati membri.

---

[187] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 219.

[188] In questo senso, Cass., 6 ottobre 2015, n. 19883, in *Foro it.*, 2016, I, 604 ss., secondo cui la diligenza esigibile dalla P.A. nel compimento dei propri atti, ivi compresa l'adozione di provvedimenti amministrativi, va valutata con il criterio dettato dall'art. 1176, comma 2, c.c., applicabile anche alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, che, riferito all'amministrazione pubblica, richiede un comportamento rispettoso della legge, efficiente e tempestivo.

[189] M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in M. Clarich, F. Di Porto, G. Ghidini, P. Marchetti (a cura di), *Concorrenza e mercato. Antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property*, Milano, 2015, 197 ss.

[190] Sulla progressiva emersione dell'interesse alla tutela della concorrenza, S. Simone, L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, cit., *passim*.

[191] Sulla missione del giudice amministrativo nel campo dei contratti pubblici, cfr. Cass., sez. un., 21 giugno 2012, n. 10294, in *Giur. it.*, 2012, 2161, secondo cui «la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento», richiedendosi nella materia degli appalti pubblici «un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato».

[192] A. Lalli, *Disciplina della concorrenza*, cit., 398-402.

L'interesse salvaguardato dalla gara per l'affidamento degli appalti era di indole prettamente finanziaria, consistente nel (corretto e) più efficace impiego delle risorse pubbliche[193].

Dalle norme che imponevano il rispetto della concorrenza nei «pubblici incanti», esulava ogni considerazione per gli interessi dei privati partecipanti[194].

Per impulso del diritto europeo il confronto competitivo tra gli operatori economici ha acquistato nuova identità e ulteriori obiettivi nella disciplina domestica[195], alimentato da un complessivo processo di ripensamento del rapporto fra amministrazione pubblica e mercato. L'apertura del mercato è divenuta finalità preminente in quanto «assicura un'adeguata protezione dell'interesse pubblico – "finanziario e amministrativo" […] – perché la concorrenza effettiva tende a contenere i prezzi dei contratti e ad aumentare la qualità delle prestazioni offerte», garantendo, allo stesso tempo, gli interessi delle imprese private che partecipano o intendono prendere parte alla gara[196].

Queste coordinate hanno favorito posizioni interpretative per le quali i principi ispiratori delle discipline interna e comunitaria non sono, quanto meno in astratto, tra di essi necessariamente incompatibili[197].

Imparzialità dell'azione amministrativa e libera concorrenza sono connesse da «una relazione biunivoca», poiché se «la salvaguardia della competizione è garanzia di una contrattazione imparziale, criteri di obiettività e di correttezza a loro volta prevengono simmetricamente alterazioni del mercato»[198].

L'impostazione di fondo comune ad ambedue gli ordinamenti è che la libera competizione tra operatori economici è, in linea di principio, la modalità più sicura di garanzia[199].

---

[193] M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 297-298.

[194] Corte cost., sent. 401/2007, par. 6.7.

[195] F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza"*, cit., 15 e 17, nel rilevare che «la legislazione amministrativa recente viene presentata come guidata dal principio di concorrenza», pone in evidenza «il valore che viene attribuito alla concorrenza quale strumento di efficiente allocazione delle risorse e, per questa via, quale mezzo principe per la promozione della crescita economica. In virtù di questa qualità l'ordine della concorrenza non si presenta come un mezzo tra altri, pure ipotizzabili, per promuovere il benessere economico e si identifica, piuttosto, con quest'ultimo». Sui mutamenti della relazione tra autorità, società e ruolo del diritto pubblico «che cessa di essere strumento di limitazione e controllo del potere e si dirige, invece, verso la funzionalizzazione alla garanzia della concorrenza e […] quindi all'organizzazione della società e delle istituzioni nelle maglie dell'autorità delle regole economiche», L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss., 341.

[196] M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 299.

[197] A. Police, G. Gruner, *Il sistema delle fonti nel codice dei contratti pubblici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Gli appalti pubblici: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012, 11 ss., 13.

[198] M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 169, il quale aggiunge che «anche la normativa comunitaria, seppure in una prospettiva che tende ad invertire il rapporto tra mezzi e fini, persegue vigorosamente l'obiettivo di prevenire arbitri e favoritismi».

[199] Così, A. Massera, *I contratti*, cit., 1387-1388.

L'obiettivo di realizzare nel modo migliore la commessa pubblica è presente in entrambi i sistemi normativi[200].

Da ciò la necessità di un bilanciamento tra una regolazione tesa alla promozione e tutela della concorrenza ed esigenze di legalità e imparzialità amministrativa, che affiora nel codice – nei principi elencati nell'art. 30 – e trova riscontro nelle direttive europee del 2014[201].

Questi principi, che derivano, in parte, dall'ordinamento europeo e, in parte, da quello interno, incarnano la disciplina fondamentale dell'attività negoziale volta sia alla protezione degli interessi pubblici dei quali è portatrice la pubblica amministrazione, sia alla promozione della concorrenza e del mercato[202].

D'altronde, il legame intercorrente tra concorrenza e imparzialità nella gestione delle commesse pubbliche è stato ravvisato da tempo dalla giurisprudenza costituzionale per la quale la tutela della concorrenza, che si realizza, innanzitutto, attraverso la «più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi», costituisce sul piano interno attuazione delle regole costituzionali di imparzialità e buon andamento[203].

In tale prospettiva, si pone il crescente rilievo dato dall'ordinamento nazionale alla tutela della concorrenza che si è tradotto nell'attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato degli speciali poteri di intervento riguardo agli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza[204].

---

[200] G. Pericu, *La disciplina degli appalti pubblici*, cit., 646-647.

[201] Cfr. par. 92, comma 2, della direttiva 2014/24/UE, a mente del quale i criteri di aggiudicazione non devono conferire alle amministrazioni aggiudicatrici una libertà incondizionata di scelta per potere assicurare una concorrenza effettiva e leale.

[202] Con riferimento ai principi di cui all'art. 2 D.Lgs. 163/2006, M.P. Chiti, *I principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, I, Milano, 2008, 145 ss., 153-155, osserva che i principi dell'attività contrattuale rappresentano la saldatura del diritto nazionale con quello comunitario e fungono da criteri guida suscettibili di indirizzare l'attività delle amministrazioni pubbliche. In proposito, F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza"*, cit., 27, puntualizza che «la nozione di concorrenza che si ricava dal diritto europeo e che definisce l'area vincolata della legislazione interna, non coincide necessariamente con la nozione di concorrenza applicabile ad altri effetti nel diritto nazionale».

[203] Corte cost., sent. 401/2007, punto 6.7, secondo cui «l'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne dell'evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri: la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione». In termini analoghi, Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 431, in *Giur. cost.*, 2007, 4751 ss., per la quale la disciplina delle procedure di gara si inquadra nell'ambito della tutela della concorrenza.

[204] Questa speciale tutela è prevista dall'art. 21-*bis* della L. 10 ottobre 1990, n. 287, «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato», in Gazzetta ufficiale, n. 240 del 13 ottobre 1990, introdotto dall'art. 35, comma 1, D.L 6 dicembre 2011, n. 201, «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», in Gazzetta ufficiale, n. 284 del 6 dicembre 2011, suppl. ord. n. 251, convertito in L. 22 dicembre 2011, n. 214, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», in Gazzetta ufficiale, n. 300 del 27 dicembre 2011, suppl. ord. n. 276. Sulla legittimità costituzionale di tale disposizione, Corte cost., 14

A protezione di tale interesse pubblico, l'Autorità antitrust[205] è stata abilitata all'adozione di un parere motivato contenente l'indicazione degli «specifici profili delle violazioni riscontrate» degli atti delle procedure di affidamento, con la legittimazione *ex lege* a ricorrere al giudice amministrativo in caso di mancata conformazione da parte del soggetto aggiudicatore[206].

---

febbraio 2013, n. 20, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 465 ss., con nota di F. Goisis, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, ivi, 471 ss.

[205] Una forma di intervento analoga a quella contemplata dall'art. 21-*bis* L. 287/1990 in favore dell'Autorità antitrust per la tutela speciale dell'interesse alla concorrenza è stata introdotta per l'Anac dall'art. 211, commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, D.Lgs. 50/2016 (nel testo modificato dall'art. 52-*ter*, comma 1, D.L. 24 aprile 2017, n. 50, «Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo», convertito in L. 21 giugno 2017, n. 96, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo», in Gazzetta ufficiale, n. 144 del 23 giugno 2017, suppl. ord. n. 31). In forza di questa disposizione codicistica, l'Autorità nazionale anticorruzione «è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante», quando ravvisi violazioni della disciplina in materia di contratti pubblici. Tale disposizione ha ricevuto attuazione da parte dell'Anac con delibera n. 572 del 13 giugno 2018, «Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.», in Gazzetta ufficiale, n. 164 del 17 luglio 2018. Sullo schema di tale regolamento, si è espresso Cons. Stato, sez. aff. norm., comm. spec., par. 26 aprile 2018, n. 1119, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*. Sulla natura e sull'esercizio dei poteri di cui ai commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 211 D.Lgs. 50/2016, R. De Nictolis, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, ivi, 1 luglio 2017, punti 8-9.4.m, 1 ss., 22 ss., la quale osserva che l'Anac, al pari dell'Autorità antitrust, diviene «titolare di una legittimazione "straordinaria" basata non già sulla titolarità di un interesse legittimo, e un interesse concreto e attuale alla rimozione dell'atto, ma direttamente sull'interesse pubblico e generale alla legalità dell'azione amministrativa». L'A. puntualizza che si tratta di una legittimazione ad agire di stampo pubblicistico, che non vale però a connotare il processo amministrativo come un processo officioso (23-24). In senso adesivo, C. Benetazzo, *I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, consultabile su *www.federalismi.it*, 5/2018, 1 ss., 56. Sulla legittimazione dell'Anac a ricorrere al giudice amministrativo *ex* art. 211, commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, cit., in relazione alla mancata conformazione della stazione appaltante al parere vincolante espresso dall'Autorità anticorruzione, ai sensi dell'art. 211, comma 1, cit., F. Goisis, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nell'autotutela decisoria*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1/2017, 421 ss., 438-439. Per un compiuto inquadramento della speciale legittimazione processuale dell'Anac e delle problematiche a essa sottese, M. Lipari, *Legittimazione processuale speciale dell'Anac*, consultabile su *www.lamministrativista.it*, 4 luglio 2017. Di recente, Cons. Stato, ad. plen., sent. 4/2018, punto 19.3.5., ha stabilito che la legittimazione processuale straordinaria di Anac è a presidio della «concorrenza per il mercato», rilevando che l'art. 211, commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, D.Lgs. 50/2016 «ha subiettivizzato in capo all'Autorità detto interesse» di rango nazionale ed europeo, la quale è chiamata ad agire in giudizio nell'interesse della legge.

[206] Riguardo alla speciale legittimazione prevista dall'art. 21-*bis* L. 287/1990, è ampio il dibattito in dottrina, anche alla luce della lettura dell'art. 103 Cost. secondo la quale la giurisdizione amministrativa è funzionale alla tutela di situazioni giuridiche soggettive individuali e non di interessi generali. Su tale tematica, senza alcuna pretesa di completezza, M. Libertini, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, consultabile su *www.federalismi.it*, 24/2011; R. Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, consultabile su *www.giustamm.it*, 2012; M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, consultabile su *www.federalismi.it*, 12/2012; R. Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, ivi; F. Satta, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, disponibile su *www.*apertacontra-

L'attribuzione a un'amministrazione pubblica di una legittimazione così ampia a impugnare gli atti amministrativi – che sottende il riconoscimento della titolarità di un interesse pubblico sensibile meritevole di particolare protezione[207] – rappresenta una novità dirompente nel processo[208], che costituisce indice della speciale considerazione data a tale interesse dall'ordinamento[209].

Nell'ambito di uno stretto raccordo funzionale tra controllo antitrust e disciplina di gara, si può inquadrare anche la misura dell'esclusione dalla procedura a evidenza pubblica dell'impresa partecipante cui sia ascrivibile un illecito anticoncorrenziale in questo modo sanzionato dal codice[210].

---

da.it, 26 novembre 2012; G. Urbano, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1022 ss.; B.G. Mattarella, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, ivi, 2016, 291 ss.; M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., 283-284.

[207] La posizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato rispetto all'amministrazione che ha adottato l'atto anticoncorrenziale è stata qualificata in termini di interesse legittimo (M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito*, cit.), ovvero di interesse giuridicamente qualificato soggettivizzato (R. Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, cit.). Hanno escluso, invece, che l'Agcm sia titolare di una situazione giuridica soggettiva legittimante al ricorso, F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, consultabile su *www.federalismi.it*, 12/2012; R. Politi, *Ricadute processuali*, cit.; F. Satta, *Intorno alla legittimazione*, cit.; G. Urbano, *I nuovi poteri processuali*, cit.

[208] Così, F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale*, cit. Per una disamina analitica sulle ipotesi di legittimazione *ex lege* a ricorrere, P. Duret, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 40 ss. Sull'inquadrabilità della tutela di cui all'art. 21-*bis* L. 287/1990 tra i modelli processuali «differenziati», giustificati dall'esigenza di protezione di interessi pubblici sensibili e riconducibili a una tendenza «neo-oggettivista» della giurisdizione amministrativa, A. Carbone, *Modelli processuali differenziati. Legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso degli appalti pubblici*, ivi, 2014, 423 ss., 424 e 436-438. Sulla compatibilità costituzionale di casi di legittimazione «oggettiva», nei quali la giurisdizione è «deputata ad accertare la violazione del diritto oggettivo, su domanda di soggetti (pubblici, collettivi, privati) che rappresentano codeste violazioni, a tutela di interessi generali, di cui si fanno portatori», e «[…] anche a prescindere da specifica domanda di parte», V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, ivi, 2014, 341 ss., 374-375.

[209] Il ruolo assunto nel contesto ordinamentale a presidio della concorrenza e del mercato ha condotto l'Autorità antitrust a sollevare una questione di legittimità costituzionale in via incidentale dinanzi alla Corte costituzionale, con ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, consultabile su *www.agcm.it*. Su tale ordinanza che ha suscitato vari commenti, di tono prevalente critico, M. Libertini, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. I803) dell'AGCM*, consultabile su *www.federalismi.it*, 14/2018, il quale sottolinea che la titolarità del ruolo di possibile ricorrente in un processo amministrativo attribuita dall'art. 21-*bis* L. 287/1990 «non pare compatibile con l'asserita "natura" giurisdizionale dell'AGCM». In termini analoghi, M. Clarich, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, ivi, 15/2018. Sempre con riguardo alle problematiche sottese all'ordinanza 1/2018 dell'Agcm, L. Cassetti, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, ivi, 14/2018. Circa le difficoltà di qualificare l'Agcm come organo giurisdizionale, S. Staiano, *Essere giudice "a limitato fine". Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, ivi. Sulla configurabilità di poteri (quasi) giurisdizionali in capo alle *Authority*, G. Di Plinio, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, ivi. Su tale questione di legittimità sollevata dall'Agcm si è pronunciata Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, consultabile su *www.federalismi.it*, 4/2019, che l'ha dichiarata inammissibile per difetto di legittimazione dell'autorità remittente.

[210] Il testo originario dell'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016 già ricomprendeva nel novero dei «gravi illeciti professionali» costituenti motivo di esclusione del concorrente dalla gara una pluralità di condotte, anche diverse dalla violazione delle norme di deontologia professionale in senso stretto, in esse inclusi «il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante», nonché «il fornire, anche per negli-

In tale ottica assume particolare valenza la previsione[211] dell'estromissione dalla procedura concorsuale disposta dalla stazione appaltante rispetto a qualunque pratica scorretta potenzialmente idonea a influire sul processo decisionale, falsandone l'esito.

Un illecito del tutto peculiare, a condotta non tipizzata, che può realizzarsi anche attraverso un atto o fatto di per sé lecito, ma che si presenti non neutro ai fini concorrenziali in quanto suscettibile di alterare il corso della selezione, generando un contesto collusivo ed effetti distorsivi nel segmento di mercato rilevante[212].

Secondo questo stesso paradigma, la manipolazione delle regole della competizione economica in materia di contratti pubblici può integrare anche una specifica fattispecie di danno erariale[213].

Si tratta dell'ipotesi di responsabilità amministrativa per affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture in assenza di una procedura comparativa tra operatori economici o, comunque, in presenza di una competizione meramente fittizia, con violazione delle regole europee e nazionali a presidio della concorrenza[214].

Il danno da (o alla) concorrenza[215] è la traduzione in termini economici del nocumento subito dall'amministrazione per non avere conseguito il risparmio di spesa che sarebbe stato possibile ottenere attraverso il confronto di gara tra più offerte concorrenziali[216].

Nel linguaggio giurisprudenziale, il danno alla concorrenza può venire in rilievo sotto profili differenti e può assumere accezioni diverse[217].

---

genza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione». Sulla portata dell'illecito professionale previsto da tale disposizione, cfr. Cons. Stato, comm. spec., par. 3 novembre 2016, n. 2286, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, inerente alle specifiche linee guida emanate dall'Anac. Questa stessa disposizione è stata riformulata dall'art. 5, comma 1, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, «Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione», in Gazzetta ufficiale, n. 290 del 14 dicembre 2018, convertito in L. 11 febbraio 2019, n. 12, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione», in Gazzetta ufficiale, n. 36 del 12 febbraio 2019. Il motivo di esclusione consistente nel grave illecito professionale è stato isolato ora nella lett. c).

[211] Art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), D.Lgs. 50/2016.

[212] Sulla valenza dei presidi pro-concorrenziali nella disciplina di contrattualistica pubblica, G. Vicinconte, *La protezione multilivello*, cit., 205 ss. Con specifico riguardo all'illecito anticoncorrenziale rilevante nelle procedure di appalto pubblico, R. Spagnuolo Vigorita, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida Anac. Quale tutela?*, consultabile su *www.federalismi.it*, 17/2017.

[213] F. Rega, *Il danno erariale per violazione della concorrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1635 ss.

[214] L. D'Angelo, *Danno erariale alla concorrenza e figure "similari"*, consultabile su *www.altalex.com*, 22 febbraio 2013.

[215] P. Clarizia, *Il danno alla concorrenza*, in A. Canale, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (d.lgs. 174/2016)*, Milano, 2017, 1197 ss. .

[216] Cfr. Corte conti, sez. giur. Lombardia, 20 dicembre 2016, n. 222, consultabile su *www.corteconti.it*.

[217] M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econ.*, 2018, 625 ss., 648-650.

In una prima accezione, identifica il danno sofferto dal concorrente escluso dal rapporto contrattuale, che genera un pregiudizio che esorbita dal sindacato del giudice contabile e la cui valutazione è affidata al giudice amministrativo[218].

In un'altra accezione, individua il pregiudizio ricadente sulla collettività per essere stata intaccata la correttezza dell'azione amministrativa e alterate le regole del mercato.

In questo caso, la lesione tende a smarrire il carattere patrimoniale e a confluire nella tipologia del c.d. danno all'immagine[219].

In un'accezione ulteriore, esprime il pregiudizio subìto dall'amministrazione in veste di contraente a causa della dinamica competitiva falsata, che le preclude di acquisire la commessa a condizioni più convenienti.

Quest'ultima tipologia di danno ha una propria specificità teorica[220] e rientra nella giurisdizione della Corte dei conti[221]. Il pregiudizio subito dall'amministrazione per la violazione o elusione delle regole dell'evidenza pubblica viene identificato nella perdita economica costituita dalla differenza[222] tra la spesa effettivamente sostenuta e quella minore che si sarebbe potuta avere se vi fosse stato un (reale) confronto competitivo[223].

In ordine alla configurabilità in concreto del relativo pregiudizio, la giurisprudenza contabile non è univoca.

Secondo un prima opzione ermeneutica, venendo in rilievo un pregiudizio di indole patrimoniale, il danno alla concorrenza non si produce *ex se*, solo perché è illegittimamente mancato il confronto tra più offerte[224].

---

[218] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2085, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*.

[219] V. Varone, *Il danno all'immagine*, in A. Canale, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, cit., 1187 ss.

[220] M. Cafagno, *Contratti pubblici*, cit., 649.

[221] Nell'orbita del c.d. danno da (o alla) concorrenza, la giurisprudenza contabile riconduce il c.d. danno da tangente, cfr. Corte conti, sez. giur. Lazio, 14 febbraio 2018, n. 83, e Id., sez. giur. Piemonte, 12 gennaio 2018, n. 1, consultabili entrambe su *www.corteconti.it*. In proposito, S. Foà, *Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile*, in M. Andreis, R. Morzenti Pellegrini (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016, 25 ss., 34 ss., rileva che il «danno da tangente» si collega ad un maggiore dispendio di risorse pubbliche, costituendo «una indebita maggiorazione del giusto prezzo a danno dell'amministrazione e corrispondente, in genere, all'importo della tangente ricevuta dal dipendente infedele». In questa particolare tipologia di danno erariale – puntualizza l'A. – «assume rilevanza il maggior costo dell'opera commissionata o della prestazione richiesta, in ragione del maggior onere sopportato dall'imprenditore per somme corrisposte al funzionario infedele per ottenere favoritismi; questi non sono, necessariamente, circoscritti soltanto alla fase di aggiudicazione della gara di appalto, ma si concretizzano anche dopo, per esempio con una attenuazione del rigore richiesto al funzionario in verifiche e controlli successivi».

[222] Corte conti, sez. II giur. centr. app., 20 aprile 2011, n. 198, consultabile su *www.corteconti.it*.

[223] A. Vetro, *Il c.d. "danno alla concorrenza" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, consultabile su *www.lexitalia.it*, 11/2011.

[224] Corte conti, sez. giur. Lazio, 27 luglio 2017, n. 186, e Id., 20 ottobre 2016, n. 293, nonché Id., sez. giur. Trentino Alto-Adige, 20 aprile 2017, n. 17, tutte consultabili su *www.corteconti.it*.

L'omissione della gara può rappresentare un indizio di danno in quanto suscita il sospetto che il prezzo contrattuale non corrisponda al minore prezzo, che si sarebbe potuto conseguire se ci fosse stato il confronto tra più proposte.

La maggiore spendita di denaro pubblico derivante dalla violazione delle norme sulla scelta del contraente privato, pertanto, deve essere provata sia nell'*an* che nel *quantum*, potendosi ricorrere alla liquidazione in via equitativa *ex* art. 1226 c.c. sempre che sia stata accertata l'effettiva sussistenza di tale pregiudizio.

Per un altro orientamento il danno alla concorrenza può ritenersi *in re ipsa*, costituendo conseguenza del fatto stesso dell'inosservanza delle regole di evidenza pubblica che subordinano la stipula dei contratti di acquisto di beni e servizi al previo espletamento di una gara[225].

Il mancato confronto concorrenziale delle offerte di più operatori economici avrebbe consentito comunque all'amministrazione aggiudicatrice di conseguire condizioni più vantaggiose di quelle ottenute contrattando con un'unica impresa.

A tale indirizzo è riconducibile una variante interpretativa più elaborata, secondo cui la trasgressione delle regole dell'evidenza pubblica integra violazione di norme imperative, producendo la nullità del contratto[226]. A fronte dell'invalidità del contratto, l'esborso di denaro in favore dell'impresa aggiudicataria rimane *sine titulo* per la parte eccedente – corrispondente al danno erariale – l'arricchimento senza causa *ex* art. 2041 c.c. di cui ha beneficiato l'amministrazione[227].

Il diritto positivo e l'elaborazione giurisprudenziale attestano la particolare considerazione data nell'ordinamento domestico alla tutela della concorrenza.

Ciò nonostante, nel quadro normativo di riferimento le contraddizioni non mancano.

Il preponderante utilizzo di procedure sotto soglia e in deroga attenua considerevolmente l'effettività del principio di concorrenza – benché pure le procedure in deroga debbano essere informate ai canoni di partecipazione, *par condicio* e trasparenza –, rendendo avvertita l'esigenza di assicurare priorità al regime contrattuale ordinario. Già le ultime direttive europee – che, quanto a dettaglio di contenuti, si avvicinano a veri e propri regolamenti europei, pur non producendo effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri – prevedono almeno sei regimi differenti (settori ordinari, settori speciali, concessioni, difesa e sicurezza, contratti esclusi, servizi in regime «temperato»).

Nell'ordinamento interno «multilivello», si aggiungono molteplici regimi speciali nelle c.d. «zone bianche» che le direttive europee hanno lasciato alla rego-

---

[225] Corte conti, sez. giur. Lombardia, 30 settembre 2009, n. 598; Id., sez. giur. Liguria, 31 luglio 2012, n. 187, Id., sez. giur. Toscana, 20 maggio 2015, n. 93, ivi.

[226] L. D'Angelo, *Danno erariale*, cit.

[227] M. Cafagno, *Contratti pubblici*, cit., 650.

lazione dei legislatori nazionali. Le relative discipline si trovano, in parte, all'interno del codice e, per altra parte, in fonti esterne[228]. La drastica limitazione delle procedure in deroga[229], con conseguente (ri)espansione dell'ambito di applicazione delle procedure ordinarie, sembra delinearsi quale ulteriore obiettivo prioritario anche in ottica concorrenziale[230].

[228] Il D.Lgs. 50/2016 prevede regimi speciali, fra gli altri, per i contratti «sotto soglia» (art. 36), le procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art. 163), gli affidamenti a cooperative sociali e loro consorzi (art. 112, nonché art. 5 L. 8 novembre 1991, n. 381, «Disciplina delle cooperative sociali», in Gazzetta ufficiale, n. 283, del 3 dicembre 1991), le procedure in materia di cooperazione internazionale (art. 1, comma 7; l'art. 216, comma 26, dispone in via transitoria l'applicazione degli artt. da 343 a 356 D.P.R. 207/2010, gli appalti di competenza del Ministero della difesa e quelli in ambito NATO (di cui al D.P.R. 15 novembre 2012, n. 236, «Regolamento recante disciplina delle attività del Ministero della Difesa in materia di lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 196 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163», in Gazzetta ufficiale, n. 5 del 7 gennaio 2013), i contratti nei settori della sicurezza e della difesa (artt. 1, comma 6, e 159-161), i servizi di ricerca e sviluppo (art. 158), gli appalti nel settore dei beni culturali (artt. 145-151; in base all'art. 216, comma 19, trovano applicazione, in via transitoria, le disposizioni di cui alla parte II, titolo XI, capi I e II, e l'art. 251 del D.P.R. 207/2010), i contratti secretati (art. 162).

[229] Una deroga che è stata giudicata «senza precedenti» per rimediare al disastroso crollo del 14 agosto 2018 del «ponte Morandi» a Genova è quella introdotta dall'art. 1, comma 5, del D.L. 28 settembre 2018, n. 109 «Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze», in Gazzetta ufficiale, n. 226 del 28 settembre 2018, convertito in L. 16 novembre 2018, n. 130, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 28 settembre 2018, n. 109, recante disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze», in Gazzetta ufficiale, n. 269 del 19 novembre 2018, suppl. ord. n. 55). Tale disposizione stabilisce che «per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, il Commissario straordinario opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione […], nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea». Il successivo comma 7 sempre dell'art. 1 cit. abilita il Commissario straordinario ad affidare la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle connesse, nel rispetto dei principi di cui all'art. 32 della direttiva 2014/24/Ue (con assoluta esclusione del «concessionario del tratto autostradale alla data dell'evento e da società o da soggetti da quest'ultimo controllati o, comunque, a esso collegati, anche al fine di evitare un ulteriore indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni stradali»). Con riguardo a tali norme, una posizione assai critica è stata espressa dal presidente dell'Anac nell'audizione del 10 ottobre 2018, tenutasi dinanzi alle Commissioni congiunte VIII^ Ambiente, territorio e lavori pubblici, e IX^ Trasporti, poste e telecomunicazioni della Camera dei deputati, consultabile su *www.anticorruzione.it*.

[230] R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 73, la quale mette in risalto che, stando ai dati dell'AIR che accompagnavano lo schema del codice dei contratti pubblici vigente, la spesa per appalti pubblici in Italia incide sul prodotto interno lordo per circa il 10,7% e del totale di questa spesa media annua soltanto il 16,2% è per appalti sottoposti a procedure europee. L'A. (79) sottolinea il dato sorprendente che, nella spesa pubblica per appalti, solo una ridotta percentuale risulta effettuata attraverso le procedure contrattuali ordinarie, prospettando i propri dubbi sulla perdurante vigenza di una serie di disposizioni extravaganti non abrogate espressamente dal D.Lgs. 50/2016.

8. *Considerazioni conclusive*

La «sfida storica» che doveva rappresentare la trasposizione delle tre direttive europee del 2014 non sembra avere sortito l'esito auspicato. Una gestione piana e duttile delle procedure contrattuali pubbliche si delinea un obiettivo ancora al di là da conseguire.

La razionalizzazione degli oneri burocratici facenti carico tanto ai soggetti aggiudicatori quanto agli operatori economici appare ancora limitata. In tale senso appare emblematica la rappresentazione codicistica dei cruciali momenti della pianificazione, programmazione e progettazione[231], che risultano fondamentali per una visione compiuta dell'intero percorso negoziale, quali passaggi di una sequenza progressiva di carattere burocratico e a rilevanza prevalentemente contabile[232].

La semplificazione[233] si rivela tale e acquista valore allorché funge da strumento per conseguire risultati ulteriori in termini di migliore perseguimento dell'interesse pubblico, ovvero di minore sacrificio delle posizioni giuridiche dei privati[234]. In questa direzione sembrano residuare apprezzabili margini di intervento per snellire e rendere più fluide le negoziazioni pubbliche. Le dimensioni (apparentemente) più contenute dell'attuale *corpus* normativo – che, comunque, attende di essere affiancato dall'emanando regolamento unico[235] – non hanno prodotto un sistema più agile, trasparente ed efficace rispetto a quello precedente. Nella tensione tra formalismo e sostanzialismo[236], caratteristica che è propria del settore degli appalti pubblici, non emerge una sicura propensione per il secondo approccio che offre maggiori garanzie di un risultato migliore. La moderna stagione riformatrice ripropone problematiche non sopite, accanto a nuove questioni. È il caso della trasformazione dell'aggiudicazione definitiva[237] in aggiudicazio-

---

[231] La cui disciplina si rinviene negli artt. 21-27 D.Lgs. 50/2016. Su tale disciplina, A. Barone, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, consultabile su *www.federalismi.it*, 1/2018.

[232] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 185-186.

[233] Sul crescente rilievo assunto dalla semplificazione a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, sino ad assurgere a principio dell'ordinamento giuridico, G. Vesperini, *Semplificazione amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5479 ss. .

[234] R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 154. Id., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: «dalla libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss. .

[235] Art. 216, comma 27-*octies*, del codice.

[236] C.E. Gallo, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in Id. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014, 1 ss., 2.

[237] Concepita, anche alla luce dell'impostazione della legge di contabilità generale dello Stato, quale fattispecie complessa composta di un atto di natura pubblica che conclude il procedimento di scelta del contraente e di un atto di natura privata di carattere negoziale che segna il momento dell'incontro delle volontà contrapposte determinante il sorgere del rapporto giuridico, A. Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, 7ª ed., Milano, 1985, 409-410. Su tale duplice natura, R. De Nictolis, *Le procedure di affidamento*, in Id., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, I, Milano, 2007, 795-796.

ne *tout court*[238] per effetto dell'intervenuta sostituzione dell'aggiudicazione provvisoria[239] con la proposta di aggiudicazione (art. 32, comma 5, del codice).

La modifica classificatoria non sembra avere determinato una mutata e più funzionale visione dei rapporti negoziali, lasciando scoperte più zone d'ombra[240] che si ripercuotono in termini problematici sulle forme di tutela delle posizioni sostanziali coinvolte.

Analoghi rilievi possono valere per l'istituto del soccorso istruttorio[241] che, nonostante l'eliminazione della sanzione pecuniaria originariamente prevista per il solo caso di regolarizzazione della domanda[242], continua a essere visto con tendenziale disfavore[243], come denota il fatto che il suo utilizzo costituisce indice di non virtuosità dell'operatore economico[244] valutabile ai fini del *rating* di impresa e delle relative premialità[245]. Appare ridotta la considerazione della valenza economica che tale strumento può assumere nell'ottica della migliore soddisfazione della domanda pubblica[246].

---

[238] L'art. 32, comma 6, D.Lgs. 50/2016 precisa che l'aggiudicazione «non equivale ad accettazione dell'offerta».

[239] Il superamento dell'istituto è stato suggerito dal Cons. Stato, comm. spec., par. 855/2016, cit., 80, sul rilievo della «natura anfibia del concetto di aggiudicazione provvisoria (un atto infraprocedimentale, forzosamente equiparato a un provvedimento) e le conseguenti problematiche interpretative emerse in sede di contenzioso (impugnabilità immediata, risarcibilità del danno da revoca, tutela dell'affidamento)».

[240] Tra le questioni problematiche richiamate da Cons. Stato, comm. spec., par. 855/2016, vi è la revocabilità dell'atto provvisorio nell'esercizio dei poteri di autotutela e l'eventuale responsabilità della stazione appaltante per lesione dell'affidamento riposto nell'atto da parte dell'aggiudicatario provvisorio. Nel versante giurisprudenziale, appare consolidato l'indirizzo per il quale la revoca (ovvero, la mancata conferma) dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto atto provvisorio a effetti instabili, non consente di fare applicazione della disciplina di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* L. 241/1990, non essendo qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, così da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non potendosi prospettare alcun affidamento del destinatario, così Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2018, n. 136, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*. Più di recente, Id., 6 agosto 2019, n. 5597, ivi, puntualizza che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi nel caso di aggiudicazione provvisoria, (revoca) che non è da classificare come attività di secondo grado in quanto l'aggiudicatario vanta solo un'aspettativa non qualificata o di mero fatto alla conclusione del procedimento. Configurandosi l'aggiudicazione provvisoria quale atto endoprocedimentale, a effetti instabili, che genera una mera aspettativa nell'aggiudicatario, neppure sussiste l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento *ex* art. 7 L. 241/1990, così Id., sez. V, 2 maggio 2017, n. 1987, ivi.

[241] G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 186, nt. 39.

[242] Art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016, come modificato dall'art. 52, comma 1, lett. d), D,Lgs. 56/2017.

[243] Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, punto 7, ivi, nel rimarcare che l'istituto consente una mera regolarizzazione documentale (e non già un'integrazione documentale), puntualizza che «il soccorso istruttorio si risolve […] non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor partecipationis* e della semplificazione». Sul doveroso esercizio del potere di soccorso istruttorio, v. pure Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16, ivi.

[244] Cons. Stato, ad. plen., sent. 9/2014, giustifica l'esegesi rigorosa della disciplina del soccorso istruttorio sulla scorta del principio generale di autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi.

[245] Art. 83, comma 10, D.Lgs. 50/2016.

[246] E. Frediani, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 623 ss., 656.

In tale contesto si cala il processo di ulteriore revisione della disciplina in vigore[247], che già è stato intrapreso e condurrà a modificare significativamente l'impianto attuale.

La coerenza giuridica, logica e sistematica dell'assetto che verrà dovrebbe implicare il superamento di quella costante del quadro regolativo domestico fatta di discipline speciali e regimi derogatori, che abbondano soprattutto nel campo delle grandi opere infrastrutturali caratterizzato dall'impiego di ingenti risorse pubbliche e dalla ristrettezza dei tempi di esecuzione.

Soluzioni normative che da eccezionali sono diventate sempre più ordinarie, conducendo all'espansione della c.d. cultura dell'emergenza per l'affidamento di lavori pubblici e la realizzazione di grandi eventi[248].

In questa prospettiva, sembra debba acquisirsi compiuta consapevolezza che «anche il contratto «di diritto pubblico» è un negozio in senso proprio, nell'unità indissolubile delle sue componenti e quindi nei confronti di ciascuna delle parti»[249].

Il contratto di diritto pubblico non può essere «strumento di realizzazione incondizionata dell'interesse pubblico, ma mezzo di composizione degli interessi in gioco»[250], come denota la rilevanza raggiunta dalla tutela della concorrenza nell'ordinamento domestico per impulso dei Trattati europei e della normativa comunitaria sugli appalti pubblici[251].

Le procedure per l'affidamento delle commesse pubbliche basate sul confronto competitivo fra operatori economici tendono ad assumere una valenza

---

[247] In questa prospettiva, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti aveva lanciato sin dal 10 agosto 2018 un'apposita consultazione pubblica sul codice dei contratti pubblici, conclusasi il successivo 10 settembre. Il relativo *report*, consultabile su *www.mit.gov.it*, indicava la semplificazione e la chiarezza del quadro normativo e l'eliminazione delle criticità registrate sul piano applicativo quali obiettivi prioritari delle modifiche da introdurre.

[248] R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione*, cit., 155, ricordano come sotto la vigenza del codice del 2006 era «fiorito un sistema di deroghe soprattutto per il compimento delle grandi opere (per Expo 2015 erano derogabili ben 85 norme del codice) che di fatto avevano creato legislazioni speciali per singoli interventi». Su tale sistema di deroghe, cfr. l'art. 5, comma 1, lett. c), D.L. 26 aprile 2013, n. 43 «Disposizioni urgenti per il rilancio del'area industriale di Piombino, di contrasto ad emergenze ambientali, in favore delle zone terremotate del maggio 2012 e per accelerare la ricostruzione in Abruzzo e la realizzazione degli interventi per Expo 2015», in Gazzetta ufficiale n. 97 del 26 aprile 2013, convertito in L. 24 giugno 2013, n. 71, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 2013, n. 43, recante disposizioni urgenti per il rilancio del'area industriale di Piombino, di contrasto ad emergenze ambientali, in favore delle zone terremotate del maggio 2012 e per accelerare la ricostruzione in Abruzzo e la realizzazione degli interventi per Expo 2015. Trasferimento di funzioni in materia di turismo e disposizioni sulla composizione del CIPE», in Gazzetta ufficiale, n. 147 del 25 giugno 2013), nonché l'art. 13, comma 2, D.L. 28 marzo 2014, n. 47 «Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015», in Gazzetta ufficiale, n. 73 del 28 marzo 2014, convertito in L. 23 maggio 2014, n. 80, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, recante misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015», in Gazzetta ufficiale, n. 121 del 27 maggio 2014).

[249] F. Ledda, *Il problema del contratto*, cit., 56.

[250] *Ibidem*.

[251] M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, 2016, 737 ss.

nuova e finalità più ampie. Accanto all'interesse pubblico delle amministrazioni aggiudicatrici si pongono «la libertà di circolazione dei beni e dei servizi nel mercato interno e la libera concorrenza in ambito europeo»[252].

La logica della concorrenza[253] implica il riconoscimento delle aspettative e dei diritti delle imprese, con potenziamento dei dispositivi di garanzia e dei rimedi giudiziali[254].

Nonostante la stipulazione del contratto venga ormai considerata come il momento che segna il passaggio dagli strumenti autoritativi a quelli negoziali[255], permane l'ambiguità se coincide o meno con la costituzione del rapporto paritetico[256], anche in ragione di una propensione a qualificare in chiave pubblicistica i poteri negoziali di ripensamento della stazione appaltante esercitabili nella fase di esecuzione del contratto[257]. Il potere di autotutela nel momento propriamente negoziale può assumere natura diversa (contrattuale o autoritativa) e differenziarsi per presupposti, strumenti e conseguenze[258].

---

[252] M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 310, il quale sottolinea che «la garanzia del mercato libero assicura la soddisfazione dell'interesse pubblico sul versante sia finanziario che amministrativo, perché la concorrenza effettiva contiene i prezzi e incentiva la qualità, essendo idonea a premiare non solo il contraente meno esigente, ma il contraente «giusto»».

[253] Circa la pervasività e trasversalità delle regole di concorrenza e l'esigenza di tutela del mercato e delle sue libertà che influenzano ormai molti aspetti – non soltanto organizzativi – dell'amministrazione nazionale, E. Scotti, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915 ss., 916.

[254] M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 310.

[255] Cfr. Cass., sez .un., 25 maggio 2018, n. 13191, e Id., ord. 5 ottobre 2018, n. 24411, entrambe consultabili su *www.italgiure.giustizia.it*, secondo le quali la stipula del contratto, ovvero l'inizio dell'esecuzione del contratto, e non l'aggiudicazione segna lo spartiacque sulla giurisdizione.

[256] G.D. Comporti, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 434 ss., 441, che «segna il passaggio dell'operazione contrattuale dalla fase preliminare della selezione delle parti e della esatta definizione dell'oggetto a quella conseguente della sua realizzazione concreta».

[257] Id., *Regole di comportamento*, cit., 1985. Le incertezze di disciplina e regime giuridico degli atti della fase esecutiva sono accentuate in ragione della possibilità riconosciuta all'amministrazione di esercitare un potere pubblicistico espressivo dello *ius poenitendi* anche dopo l'aggiudicazione della gara. Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, punti 3.4 e 3.5.1., in *Foro it.*, 2015, III, 681 ss., nell'affermare che nella fase esecutiva contrattuale sono esclusi i poteri di autotutela amministrativa – ciò che distingue i contratti pubblici dagli accordi di diritto pubblico *ex* art. 11 L. 241/1990 – sottolinea la specialità della disciplina del recesso prevista dall'art. 21-*sexies* L. 241/1990 e dal previgente art. 134 D.Lgs. 163/2006 rispetto a quella diversa dell'art. 1671 c.c. La posizione dell'amministrazione nella fase negoziale aperta con la stipulazione del contratto nel procedimento di affidamento di lavori pubblici è definita dall'insieme delle norme civilistiche e di quelle speciali, individuate nel codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di queste ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato. La medesima pronuncia (punto 3.5.2.) ammette l'esperibilità della revoca dell'aggiudicazione nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto e dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione («definitiva»), anche dopo la stipulazione del contratto.

[258] G. Piperata, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 77 ss., 84.

La multiformità dell'autotutela nella fase di esecuzione del rapporto rende oltremodo incerto l'inquadramento del potere esercitato in concreto[259], soprattutto laddove il regime pubblicistico si sovrappone a quello privatistico nella definizione del modello di azione. L'evanescenza dei contorni tra poteri pubblicistici[260] [261]e poteri privatistici delinea il momento esecutivo come uno spazio giuridico composito.

Per altro verso il proficuo dialogo in atto tra formante dottrinario e quello giurisprudenziale[262] in tema di responsabilità precontrattuale[263] sembra accreditare la tendenza a superare una visione frazionata della procedura di affidamento, con conseguente affermazione dell'unitarietà sostanziale dell'operazione negoziale[264].

---

[259] Il D.Lgs. 50/2016 riconosce al contraente pubblico il potere di apportare unilateralmente variazioni nell'esecuzione dell'opera (art. 106, comma 12), il potere di sospendere unilateralmente l'esecuzione del contratto quando ricorrono speciali circostanze (art. 107), il potere di risolvere il contratto in presenza di determinate condizioni (art. 108), il potere di recesso (art. 109). Cons. Stato, ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6, in *Foro it.*, 2014, III, 518 ss., 524, punto 16, ha definito il recesso e la risoluzione previsti dagli artt. 134-136 del previgente D.Lgs. 163/2006 (corrispondenti agli artt. 108 e 109 del codice in vigore) quali poteri speciali di autotutela privatistica in capo all'amministrazione.

[260] Nonostante per i contratti di appalto di lavori l'attivazione del potere di revoca dopo la stipula del negozio abbia subito limitazioni stringenti a opera della giurisprudenza amministrativa, non di meno la revoca dell'aggiudicazione è ritenuto un rimedio azionabile in presenza di determinate condizioni. A esempio, per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie ovvero per sopravvenuta non convenienza economica dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*), o per inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura (Id., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026, ivi). La revoca dell'aggiudicazione può essere giustificata, inoltre, da «sopravvenuti motivi di pubblico interesse» – che l'art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, L. 241/1990 regola anche con riferimento ad atti incidenti su rapporti negoziali – nei quali vengono ricompresi anche comportamenti scorretti dell'aggiudicatario manifestatisi successivamente all'aggiudicazione (Id., sez. V, 12 giugno 2017, n. 2084).

[261] Sull'ammissibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione («definitiva») anche dopo la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia dello stesso atto negoziale, Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2017, n. 1322, ivi. Questo tipo di intervento viene definito come potere di autotutela decisoria esterno al negozio che, incidendo sulla fase a monte dell'evidenza pubblica, si riflette (indirettamente) sull'efficacia del vincolo contrattuale, Id., 13 marzo 2018, n. 1610, ivi. In termini analoghi, Id., sez. IV, 17 agosto 2017, n. 4027, ivi, secondo cui il provvedimento di aggiudicazione («definitiva») non costituisce di per sé ostacolo giuridicamente insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto.

[262] Cfr. A. Travi, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss., il quale, richiamando G. Pasquini, A. Sandulli (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, ricorda come «il nostro diritto amministrativo sia in ampia misura di matrice giurisprudenziale» (691, nt. 1).

[263] Il riferimento è alla configurabilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione sin dall'avvio della procedura di gara, anche nella fase propriamente di evidenza pubblica, sancita in ultimo da Cons. Stato, ad. plen., sent. 5/2018.

[264] In tale prospettiva, G.D. Comporti, *Regole di comportamento*, cit. 1984, ritiene ormai logoro il modello (che definisce «dogmatico») dell'evidenza pubblica, che «induce a guardare oltre ai formalismi tipici dei singolari rituali burocratici, per cogliere la trama dei rapporti che lega le condotte degli attori, e così decifrare con aggiornate categorie l'incontro che avviene tra le rispettive distinte sfere di autonomia, volgendo in profondità l'analisi di profili che la discrezionalità e le sue figure colgono ormai solo in modo parziale e deformato».

Una visione ben più articolata e complessa dell'immagine frazionata degli atti e delle fasi della procedura negoziale propria del modello tradizionale dell'evidenza pubblica che ancora affiora dall'art. 32 d.lgs. 50/2016.

Il provvedimento amministrativo diviene la tessera di un più ampio e composito "*mosaico*" di differenti atti e attività – sottoposti alle corrispondenti regole pubblicistiche e privatistiche – funzionali alla conclusione dell'«affare»[265].

Il settore dei contratti pubblici tende a delinearsi come uno degli ambiti più fecondi per la ridefinizione di categorie giuridiche generali, non solo di indole pubblicistica, per rispondere alla crescente complessità del sistema[266]. Le aporie che affiorano dal codice dei contratti pubblici sono sintomatiche delle difficoltà del diritto amministrativo contemporaneo di confrontarsi con una realtà sfuggente[267], caratterizzata da continui e repentini cambiamenti, cui male si adattano formule e concetti consolidati[268].

Tanto anche nella consapevolezza delle peculiarità del mercato delle commesse pubbliche, dove l'equilibrio tra imperativi economici e interessi pubblici si rivela condizione per nulla agevole[269].

[265] Cons. Stato, ad. plen., sent. 5/2018, punti 33 e 34.

[266] *Ibidem*.

[267] B. Sordi, *Nodi cruciali nel processo evolutivo della scienza amministrativa*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, 35 ss.

[268] Con riguardo all'impatto che il principio e le regole di libera concorrenza hanno avuto sul diritto amministrativo, M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347 ss.

[269] L'espressione è ripresa da Id., *Il diritto amministrativo fra imperativi economici*, cit., 64, che la riferisce alla regolazione pubblica dei mercati nel quadro della globalizzazione economica.

Il complesso allineamento al modello europeo del sistema domestico delle commesse pubbliche secondo la logica codificatoria a diritto costante

La disciplina dei contratti pubblici si è evoluta incrociandosi antiche norme di contabilità, deputate ad assicurare un impiego corretto e trasparente delle risorse pubbliche, con successive regole di derivazione comunitaria volte a salvaguardare la concorrenza e le dinamiche del mercato in quanto considerate la migliore garanzia per il buon uso del denaro della collettività. L'esigenza di allineare la disciplina interna a quella europea nei procedimenti di scelta del contraente ha determinato il superamento della concezione contabilistica, che considerava tale disciplina come posta nell'interesse esclusivo dell'amministrazione committente. A poco tempo dal varo del codice vigente, al di là dell'enfasi retorica e dei solenni proclami che avevano accompagnato l'approvazione della riforma e delle molteplici e differenti aspettative da essa generate, l'interrogativo di fondo è se la disciplina attuale si è risolta nella mera attuazione di un pacchetto di norme imposto dall'Unione europea, oppure si è tradotta in una nuova e organica visione del sistema domestico di *public procurement*, con un reale mutamento di prospettiva culturale e orizzonti valoriali. Una questione che si pone all'attenzione anche in vista dell'imminente revisione della normativa in materia di contratti pubblici, secondo la sperimentata logica codificatoria a diritto costante. In questa prospettiva, si sviluppano alcune riflessioni sull'attuale scenario di diritto interno e sulla possibile emersione di concreti segnali di cambiamento rispetto al tradizionale modello dell'evidenza pubblica. Un itinerario che si snoda attraverso le dinamiche del diritto nazionale, la rivisitazione di categorie giuridiche generali, la peculiare dimensione negoziale degli appalti pubblici, l'intricato intreccio tra flessibilità e rigore delle procedure di affidamento.

The complex alignment to the European model of the domestic system of public order, in keeping with the codificatory logic of constant law

The discipline of public contracts has evolved by crossing out old accounting rules, designed to ensure a correct and transparent use of public resources, with subsequent rules of European derivation aimed at safeguarding competition and market dynamics, considered the best guarantee for the good use of the money of the community. The need to align internal rules with European ones in the procedures for the choice of contractor has determined the overcoming of the concept of accounting, which considered this discipline to be in exclusive interest of the client administration. Soon after the launch of the current code, beyond the rhetorical emphasis and the solemn proclamations that accompanied the approval of the reform and of the many and various expectations generated by it, the basic question is whether the current discipline has been resolved in the mere implementation of a set of rules imposed by the European Union, or if it has resulted in a new and organic vision of the public procurement system, with a real change in perspective over cultural and value horizons. This issue focuses attention also in view of the imminent revision of the legislation on public contracts, according to the proven codify-

ing logic under constant law. In this perspective, some reflections are developed on the current domestic law scenario and on the possible emergence of concrete signs of change with respect to the traditional model of public evidence. This itinerary winds through the dynamics of national law, the revisiting of general legal categories, the peculiar negotiating dimension of public procurement, and the intricate intertwining of flexibility and rigour in awarding procedures.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 411-441

Articoli e saggi

La PSD2 tra soggetti e oggetto della tutela

Raimondo Motroni

Sommario: 1. L'armonizzazione dei sistemi di pagamento nel progetto «SEPA». – 2. La tutela del mercato nella PSD2. – 3. Le categorie di soggetti della PSD2 e le variabili applicative delle norme di protezione. 4. – *Segue*: la «microimpresa». – 5. La protezione (allargata) dei dati degli utenti e la *strong customer authentication*. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. *L'armonizzazione dei sistemi di pagamento nel progetto «SEPA»*

Il progetto «SEPA»[1] prevede l'emanazione di norme, ancora in corso di aggiornamento, volte a favorire lo sviluppo del settore dei servizi di pagamento nel mercato interno[2].

Il tema dei servizi di pagamento è certamente da inscriversi nel più ampio solco della disciplina europea delle attività delle imprese finanziarie, ma rappresenta anche un'importante regolazione generale di taluni aspetti della prestazione pecuniaria nei contratti a prestazioni corrispettive.

Se poi si tiene conto dell'esponenziale aumento dei sistemi di pagamento a distanza mediante carte di credito o di debito, si comprende come le direttive sui servizi di pagamento possano divenire parte della normativa che riguarda – praticamente – tutti i contratti commerciali. Sotto questo profilo può, dunque, esse-

[1] La PSD2 (*Payment Services Directive 2*), ovverosia la «Direttiva 2015/2366 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE Dir. 2015/2366 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE», ricorda, nel Considerando n. 76, che il «progetto "SEPA" (*Single Euro Payments Area*) si prefigge di sviluppare ulteriormente i servizi comuni di pagamento a livello di Unione per sostituire i servizi nazionali esistenti riguardo ai pagamenti denominati in euro».

[2] È stato opportunamente ricordato che il tema dei pagamenti è divenuto di grande interesse anche sotto il profilo dottrinale per la concorrenza di diversi fattori quali, tra gli altri, l'avvento delle nuove tecnologie informatiche, l'internazionalizzazione dei mercati finanziari e monetari, l'implementazione dell'Euro; conformemente v. A. Sciarrone Alibrandi, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, 437 ss.

re considerata una normativa integrativa della disciplina della prestazione pecuniaria, quando il pagatore si avvale di servizi di pagamento (nell'accezione regolata dalle direttive di settore) per l'adempimento della propria obbligazione nei più diversi settori del mercato.

Vi è da ritenere che principalmente tale aspetto abbia indotto il legislatore eurounitario a disciplinare organicamente il settore dei servizi di pagamento[3] nel mercato unico europeo, già, per la prima volta, con la direttiva 2007/64/CE, c.d. PSD1[4] e, successivamente, mediante numerosi ulteriori interventi normativi[5] di cui si darà conto di seguito. Tale normativa crea, perciò, un mercato integrato in cui la sicurezza dei sistemi di pagamento utilizzati anche a distanza mediante i più moderni strumenti telematici possa aumentare e consolidare la fiducia degli utenti sui bassi rischi di frode con conseguente aumento esponenziale degli scambi. Inoltre, l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti abilitati a fornire in regime di concorrenza in tutta la UE servizi di pagamento caratterizzati da elevati contenuti tecnologici facilmente integrabili con le reti esistenti dovrebbe favorire una diminuzione dei costi e dei prezzi a vantaggio degli utenti[6].

L'aumento della qualità e del numero dei servizi di pagamento consente un ampliamento delle possibilità di scelta per tutti i soggetti coinvolti nelle operazioni di pagamento e una migliore soddisfazione delle esigenze di ciascuno di essi,

---

[3] Sui profili generali del tema della disciplina dei servizi di pagamento si veda *amplius*: M. Rispoli, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, O. Troiano (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009; F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, T. 3, Padova, 2018, in particolare commenti agli artt. 126 *bis-novies*, 2243 ss.

[4] La PSD1 («Payment Services Directive») è la «Direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE». In dottrina, tra i commenti alla PSD1, si vedano: V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento dopo il recepimento della direttiva 2007/64/CE (D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, 377 ss.; per una critica alle modalità di attuazione della PSD1 nell'ordinamento italiano v. F. Merusi, *Fra omissioni ed eccessi: la recezione della direttiva comunitaria sui servizi di pagamento, Relazione al Convegno su "L'attuazione della direttiva PSD nell'ordinamento italiano", Roma, 24 giugno 2010*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2010, 1171 ss.

[5] Il Considerando n. 1 della PSD2 ricorda che negli «ultimi anni, sono stati compiuti notevoli progressi nell'integrazione del mercato dei pagamenti al dettaglio nell'Unione, in particolare con l'adozione della normativa dell'Unione in materia di pagamenti, specialmente mediante la direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 924/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (UE) n. 260/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio. La direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio ha ulteriormente integrato il quadro giuridico per i servizi di pagamento fissando un limite specifico alla possibilità per gli esercenti di applicare una maggiorazione ai propri clienti per l'uso di un dato mezzo di pagamento».

[6] Sul punto, colgono nel segno le riflessioni di L. Ammannati, *Passato, presente e futuro del modello della rete. Le sue trasformazioni nella "*governance*" europea dell'economia*, in *Analisi giur. ec.*, 2018, 341 ss. L'A., con riguardo ai diversi modelli di *governance* dei mercati, pone in evidenza «la crescita esponenziale dell'incertezza messa in campo dalla rapida e inarrestabile innovazione tecnologica e dai suoi effetti *disruptive* sui mercati in particolare riguardo le strategie e i meccanismi di regolazione dei nuovi operatori, dei nuovi servizi e dei nuovi mercati».

nel rispetto del principio di trasparenza volto a fornire agli utenti strumenti di comparazione delle diverse offerte.

Sul fronte domestico il decreto di attuazione[7] della PSD1 ha introdotto, anche mediante una novellazione degli artt. 126 *bis* e ss. del TUB[8], la nuova disciplina dei servizi di pagamento[9] nell'ordinamento giuridico italiano.

Il legislatore europeo è stato, tuttavia, ben presto costretto dall'evoluzione tecnologica, che ha riguardato anche il settore finanziario, a ritornare sul tema dei servizi di pagamento emanando il «libro verde»[10] del 2012, il quale chiarisce sin dal suo *incipit* che se «si vuole che i consumatori, i commercianti e le imprese godano appieno dei benefici del mercato unico, è indispensabile che possano servirsi di pagamenti elettronici sicuri, efficienti e competitivi, a maggior ragione ora che il commercio elettronico sta poco a poco soppiantando gli scambi tradizionali».

In tal modo si è posto in evidenza che la continua e rapida innovazione tecnologica richiede un adeguamento tempestivo delle norme e degli strumenti di controllo affinché il mercato possa conservare la sua efficienza e la fiducia degli utenti. Invero, la successiva direttiva 2014/92/UE[11]«sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base», si è mossa nella medesima direzione, imponendo alle imprese di settore l'adozione di misure finalizzate a favorire la concorrenza[12] nel settore dei servizi di pagamento.

---

[7] Si tratta del D.lgs 27 gennaio 2010, n. 11, «Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE».

[8] D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia».

[9] G. Marcoccio, E. Corsini, *Servizi di pagamento via Internet: il contesto normativo comunitario e italiano sugli aspetti rilevanti ai fini della sicurezza delle operazioni*, in *Ciberspazio dir.*, 2015, 271 ss.; M.R. Guimarães, *Los medios de pago en el derecho europeo y en los instrumentos europeos de armonización del derecho privado*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, 555 ss.

[10] Libro verde, *Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile*, (Bruxelles, 11.1.2012 COM(2011) 941 definitivo), in https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0941:FIN:IT:PDF.

[11] «Direttiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base». I punti di contatto tra la disciplina delle spese dei conti di pagamento e la PSD2 è posta in evidenza da S. Mezzacapo, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento" alla luce dell'armonizzazione attuata con la "*payment accounts directive*"*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, 804 ss.; Là dove viene anche chiarito che la disciplina del «conto di pagamento» può parzialmente sovrapporsi alla PSD2, ove il medesimo sia considerato un «contratto quadro», ponendosi esso in rapporto strumentale rispetto al «servizio di pagamento».

[12] Le finalità di tutela del mercato insite nelle recenti normative tese a regolare il settore finanziario sono sottolineate, con specifico riguardo alla portabilità dei mutui e dei conti di pagamento, da F. Quarta, *Rimedi civilistici in funzione pro-concorrenziale nel settore bancario. Spunti dalle discipline sulla "portabilità" dei mutui e dei servizi di pagamento*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2018, 127 ss.

Il regolamento (UE) 2015/751[13] ha, poi, riordinato il settore delle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta, contribuendo a dare certezza ai profili rilevanti dei costi di taluni servizi di pagamento. Si tratta, pertanto, di norme chiaramente orientate alla disciplina dei mercati con la finalità di preservarne la stabilità, l'efficienza e lo sviluppo.

2. *La tutela del mercato nella PSD2*

L'evoluzione delle nuove tecnologie telematiche[14], l'aumento del numero delle transazioni *on-line* eseguite anche tramite l'impiego di dispositivi portatili e la diffusione di innovativi servizi di pagamento hanno reso necessario un rapido e sostanziale adeguamento normativo confluito nella direttiva 2015/2366/UE (c.d. PSD2[15]).

Sebbene il legislatore eurounitario tenda a mantenere un approccio neutro sotto il profilo tecnologico[16], evitando di distinguere tra i diversi servizi di pagamento sulla base della tecnologia utilizzata in concreto, la PSD2 è destinata – sostanzialmente – a disciplinare i (soli) servizi di pagamento telematici[17], essendo esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva i pagamenti in contanti o mediante l'utilizzo di titoli di credito cartacei. Il varo della PSD2 può anche essere ritenuto, quindi, una conseguenza del recente sviluppo del c.d. *fintech*[18], che lascia presa-

[13] «Regolamento (UE) 2015/751 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta». Sul punto v. S. Mezzacapo, *La nuova disciplina UE dei limiti alle "interchange fees" e delle "business rules" in materia di "pagamenti basati su carte", tra regolamentazione strutturale del mercato interno e promozione della concorrenza*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2017, 520 ss., il quale sottolinea come il Regolamento predetto sia determinante al fine di consentire maggiore libertà nell'uso dei servizi di pagamento scelti dai beneficiari e dai consumatori affinché si sviluppi maggiormente la concorrenza in questo settore.

[14] È lo stesso Considerando n. 27 della PSD2 a ricordare che successivamente «all'adozione della direttiva 2007/64/CE si sono diffusi nuovi tipi di servizi di pagamento, specialmente nel settore dei pagamenti tramite Internet. In particolare si sono evoluti i servizi di disposizione di ordine di pagamento nel settore del commercio elettronico. Tali servizi di pagamento svolgono un ruolo nei pagamenti in detto settore mediante un software che fa da ponte tra il sito web del commerciante e la piattaforma di *online banking* della banca del pagatore per disporre pagamenti via Internet sulla base di bonifici». «La 'rivoluzione' informatica, interessando in modo orizzontale la totalità dei settori economici e sociali, interagisce sulla struttura dei mercati, sulle strategie imprenditoriali, sulle modalità e sui programmi di investimento. Essa sembra destinata a cambiare la stessa logica concorrenziale, stante il mutamento attuale e prospettico dei fattori della domanda»; così F. Capriglione, *Non luoghi. Sovranità, sovranismi. Alcune considerazioni*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, 404.

[15] V. nota 1.

[16] Sulla neutralità tecnologica della PSD2 v. E. Cervone, *Servizi di pagamento e innovazione tecnologica. Ruolo dell'Autorità bancaria europea alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Analisi Giur. Ec.*, 2018, 395 ss.

[17] V. Considerando n. 22 PSD2.

[18] Alcune delle novità tecnologiche implementate nei mercati finanziari vanno sotto il nome di *fintech* e costituiscono una «rivoluzione» del sistema dei pagamenti come posto in evidenza da F. Ciraolo, *I servizi di paga-*

gire una larga diffusione di innovativi servizi di pagamento da parte di nuovi operatori di settore, oltre che rapporti *peer to peer*[19] consentiti dalle funzioni recentemente messe a disposizione dai *social networks* e da alcuni operatori della WEB[20].

La nuova direttiva è apparsa da subito orientata ad allargare e armonizzare quanto più possibile l'ambito delle tutele offerte agli utenti di servizi di pagamento[21] rispetto a quanto era avvenuto con la precedente PSD1. La PSD2 amplia, infatti, l'ambito della regolazione attraverso una rimodulazione del «*positive scope*», teso a ricomprendere le operazioni di pagamento eseguite con qualsiasi valuta anche quando uno solo dei «prestatori di servizi di pagamento»[22] sia ubicato nel territorio della UE (operazioni «*one leg*»). È stato poi ridotto anche l'ambito del «*negative scope*» ridimensionando le esenzioni per le «carte a spendibilità limitata», per le operazioni di pagamento eseguite tramite fornitore di reti o di servizi di pagamento e per gli agenti commerciali.

Con la direttiva in questione sono stati anche introdotti e disciplinati innovativi servizi di pagamento quali: il «servizio di disposizione di ordine di pagamento» e il «servizio di informazione sui conti»[23], nonché i requisiti che devo-

---

mento nell'era del Fin Tech, in M.T. Paracampo (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, 179 ss. Le nuove tecnologie hanno anche comportato, la possibilità di una totale disintermediazione di taluni servizi con maggiori rischi per alcuni ceti di utenti come sottolineato da R. Motroni, L. Posocco, *La dématérialisation et la désintermédiation dans la révolution des "Fintech": premières considérations*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2017, 19. Il rilievo di tali novità crea l'esigenza di una nuova regolazione dei nuovi sistemi di pagamento come sostenuto da M. Pellegrini, F. Di Perna, *Cryptocurrency (and Bitcoin), a new challenge for the regulator*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 2018, 5. Sulla rilevanza del c.d. *Fintech* nel settore dei pagamenti cfr. *EBA report on the impact of fintech on payment institutions' and e-money institutions' business models*, july 2019, in https://eba.europa.eu/documents/10180/2551996/EBA+thematic+report+on+the+impact+of+FinTech+on+PIs%27%20and+EMIs%27%20business+models.pdf.

[19] Avverte dei numerosi e in parte inesplorati rischi per gli utenti derivanti dalla loro scarsa cognizione dei meccanismi di funzionamento dei nuovi mezzi telematici nelle operazioni finanziarie *peer to peer* E. Macchiavello, *Peer-to-peer lending ed informazione: la tutela dell'utente online tra innovazione finanziaria, disintermediazione e limiti cognitivi*, in *Dir. banca e del mercato finanziario*, 2015, 221 ss.

[20] Segnalava la «rivoluzione» *in fieri* derivante dalla diffusione di nuovi sistemi di pagamento nei rapporti P2P amplificata dal *mobile* e dalla *user experience* R. Ferrari*, L'era del Fintech, La rivoluzione digitale nei servizi finanziari*, Milano, 2016, 51 ss. Pone l'accento sulle innovazioni derivanti dall'ingresso nel settore dei pagamenti delle «grandi *digital companies* identificate con l'acronimo GAFA (Google, Amazon, Facebook, Apple)» A. Antonucci, *Mercati dei pagamenti: le dimensioni del digitale*, in *Riv. dir. banc.*, *dirittobancario.it*, 2018, 561 s.

[21] Sull'ampliamento dei i contenuti oggettivi e soggettivi della PSD2 v. S. Balsamo Tagnani, *Il mercato europeo dei servizi di pagamento si rinnova con la PSD2*, in *Cont. e imp./Europa*, 2018, 609 ss.

[22] L'art. 4, n. 15, della PSD2 definisce il «servizio di disposizione di ordine di pagamento» come un «servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento» detti anche *Account Information Service Providers* (AISPs).

[23] L'art. 4, n. 16, della PSD2 definisce il «servizio di informazione sui conti» come un «servizio online che fornisce informazioni consolidate relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento», detto anche *Payment Initiation Service Providers* (PISPs). Tali servizi devono essere del pari disciplinati «al fine di garantire ai consumatori una protezione adeguata relativamente ai dati di pagamento e contabili nonché la certezza giuridica legata allo status di prestatore di servizi di informazione sui conti»; così Conside-

no possedere gli «istituti di pagamento»[24] che offrono tali servizi (quando siano diversi dalle banche e dagli istituti di moneta elettronica). La nuova regolazione estende, pertanto, il suo ambito di applicazione sia sotto il profilo oggettivo, sia con riguardo all'aspetto soggettivo.

L'ampliamento e la massima armonizzazione dell'applicazione della PSD2 riguarda anche il profilo territoriale, in quanto per sua stessa natura è destinata a valere in tutta la UE, ma con possibilità minime per i legislatori nazionali di variarne il contenuto in sede di attuazione, come espressamente disposto dall'art. 107[25].

L'obiettivo del legislatore europeo è, dunque, rendere sempre più uniforme la regolazione del settore dei pagamenti, mediante una normativa speciale (in larga misura) inderogabile, che, come si tenterà di dimostrare, è destinata ad una platea di utenti assai vasta, che supera la tradizionale concezione del «contrente-consumatore».

La tecnica utilizzata è quella di rendere il sistema dei pagamenti quanto più possibile omogeneo e trasparente[26] e di sottrarre all'autonomia delle parti il contenuto del contratto e il livello minimo di sicurezza[27] dei servizi offerti, anche

---

rando 28 PSD2. Per una dettagliata analisi dei profili giuridici dei nuovi servizi di informazione sui conti v. A. Burchi, S. Mezzacapo, P. Musile Tanzi, V. Troiano, *Financial Data Aggregation e Account Information Services, Questioni regolamentari e profili di business*, in *Quaderni FinTech, 4, marzo 2019,* http://www.consob.it/documents/46180/46181/FinTech_4.pdf/2adb8707-41bf-48a4-ad4e-ce8ecce0ab13, 23 ss.

[24] L'art. 4, n. 4, della PSD2 definisce gli «istituti di pagamento» come «una persona giuridica che è stata autorizzata, a norma dell'articolo 11, a prestare ed eseguire servizi di pagamento in tutta l'Unione».

[25] Si tratta di una direttiva ad «armonizzazione massima» per cui «gli Stati membri non mantengono né introducono disposizioni diverse da quelle stabilite nella presente direttiva».

[26] Cfr. G. Gabassi, S. Langer, *Obblighi informativi nel settore dei servizi di pagamento. Considerazioni diatopiche tra diritto nazionale italiano e austriaco e diacroniche tra PSD e PSD2*, in *Cont. imp.*, 2018, 662 ss., là dove gli autori sottolineano come nella PSD2 si sia ampliata anche la quantità e la qualità, nonché i metodi di trasmissione, delle informazioni tese a rendere conoscibile le modalità di funzionamento dei servizi di pagamento, anche in ossequio alla sentenza della Corte di Giustizia europea del 25 gennaio 2017, in BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG contro Verein für Konsumenteninformation, C-375/15.

[27] Il Considerando n. 95 afferma che la «sicurezza dei pagamenti elettronici è fondamentale per garantire la protezione degli utenti e lo sviluppo di un contesto affidabile per il commercio elettronico. Tutti i servizi di pagamento offerti elettronicamente dovrebbero essere prestati in maniera sicura, adottando tecnologie in grado di garantire l'autenticazione sicura dell'utente e di ridurre al massimo il rischio di frode. Non si ravvisa la necessità di garantire lo stesso livello di protezione per le operazioni di pagamento disposte ed eseguite con modalità diverse rispetto all'uso di piattaforme o dispositivi elettronici, ad esempio operazioni di pagamento su supporto cartaceo, ordini per corrispondenza o ordini telefonici. Una crescita robusta dei pagamenti tramite Internet e dispositivi mobili dovrebbe essere accompagnata da un potenziamento generalizzato delle misure di sicurezza. I servizi di pagamento offerti via Internet o tramite altri canali a distanza – il cui funzionamento non dipende dal luogo fisico in cui sono situati il dispositivo per disporre l'operazione di pagamento o lo strumento di pagamento – dovrebbero pertanto comportare l'autenticazione delle operazioni attraverso codici dinamici, affinché l'utente sia, in ogni momento, al corrente dell'importo e il beneficiario dell'operazione che l'utente sta autorizzando».

quando un simile intervento di stampo apparentemente dirigistico[28] non sarebbe completamente giustificato da reali esigenze di tutela di interi *clusters* di utenti.

Uno degli obiettivi perseguiti con la PSD2 è assoggettare ad una regolazione (quanto più possibile) inderogabile la fase dell'esecuzione delle prestazioni pecuniarie nei contratti di scambio adempiuta mediante prestatori di servizi di pagamento (elettronici), in modo da ridurre al minimo i rischi di contenzioso[29] in questa materia e di agevolare gli scambi anche a scapito di una (non sempre giustificabile sul piano del diritto comunitario) compressione dell'autonomia privata delle imprese. Ciò dovrebbe aumentare la «fiducia» e la certezza del diritto nei traffici giuridici e nella sicurezza dei pagamenti, sviluppando il volume degli scambi commerciali.

Occorre, pertanto, definire i confini dell'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo delle diverse norme della PSD2. L'opera risulta più complessa se si considera che, come già era avvenuto per la PSD1, il decreto di attuazione[30] della PSD2 si è tradotto in un adeguamento delle norme del nostro ordinamento, tra cui, *in primis*, gli artt. 126 *bis* e ss. del TUB[31] e il D.lgs 11/2010. La scelta di non introdurre una normativa unica in materia di servizi di pagamento era già stata a suo tempo criticata[32] e si è rivelata, oggi, ancora più inadatta allo scopo in ragione dell'affastellarsi di norme in gran parte di provenienza europea destinate a disciplinare le medesime fattispecie concrete pur in assenza di qualsiasi criterio di coordinamento[33]. Né a tale fine può essere richiamata la (ormai superata) centralità del TUB il quale non è più in grado di ordinare la complessità delle fonti in materia dei rapporti tra banca e cliente.

---

[28] Cfr. N. Irti, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 297, il quale già qualificava taluni interventi del legislatore posti a tutela del contraente debole come «umilianti paternalismi».

[29] Pone in evidenza le lacune normative in materia di prova del pagamento eseguito mediante moneta elettronica prima delle PSDs G.M. Uda, *La prova del pagamento*, Padova, 2008, 189 ss., ora in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, I, *La struttura dell'obbligazione*, 5, *La liberazione del debitore*, a cura di M. Talamanca e M. Maggiolo, Padova, 2010, 659 ss.

[30] D.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, «Recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE, nonché adeguamento delle disposizioni interne al regolamento (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta».

[31] Con riferimento alle difficoltà connesse all'attuazione della PSD2 nell'ordinamento italiano mediante la novellazione del TUB v. E. Zeppieri, *L'implementazione in Italia della nuova direttiva sui servizi di pagamento*, in *Dir. banc.*, 2018, 1 ss.; per alcune perplessità sulle scelte compiute dal legislatore in sede di attuazione della direttiva cfr. anche A. Dolmetta, *Assegno non trasferibile e "responsabilità" della banca nel sistema dei servizi di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1542 ss.

[32] Le critiche alla novella del TUB sono espresse, tra gli altri, da V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, op. cit., 378 ss.; F. Merusi, op. cit., 1176 ss.

[33] Si pensi ad esempio al D.lgs 15 marzo 2017, n. 37, concernente l'«Attuazione della direttiva 2014/92/UE, sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base».

Inoltre, la definizione dell'ampio contenuto della normativa secondaria è demandato alla Banca d'Italia[34] alla quale spetta, nei sistemi di pagamento, un rilevante ruolo di sorveglianza[35]. Le Autorità di controllo nazionali dovranno adeguare la normativa interna ai dettami della direttiva, con possibile detrimento dell'uniformità di disciplina nell'UE[36], ma nei rigorosi limiti imposti dalla regolamentazione che sarà predisposta dall'EBA e dalla Commissione Europea.

3. *Le categorie di soggetti della PSD2 e le variabili applicative delle norme di protezione*

Nella PSD2 la categoria del «consumatore» viene richiamata ripetutamente sia nei c.d. considerando, sia nel corpo normativo, come indice della volontà del legislatore eurounitario di offrire la massima tutela normativa ai soggetti «deboli»[37] del mercato rispetto alle possibili frodi nell'uso dei servizi di pagamento. In particolare, il Considerando n. 53[38] pone tra gli scopi della direttiva la creazione di un'ampia categoria di utenti destinatari di un elevato livello di protezione, nella quale ricomprendere – come si dirà oltre – anche la «microimpresa». Perciò, le

[34] L'importanza delle Autorità di controllo nell'applicazione della PSD2 è descritta da N. De Giorgi, M.I. Vangelisti, *La funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti in Italia. Il provvedimento della Banca d'Italia del 18.9.2012 sui sistemi di pagamento al dettaglio*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 76 giugno 2014 - settembre 2014 numero 77, https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2014-0077/QRG-77.pdf.

[35] Circa l'innovativa funzione di sorveglianza attribuita alla Banca d'Italia nel sistema dei pagamenti nella vecchia formulazione dell'art. 146 TUB vigente prima dell'emanazione del D.lgs. n. 11/2010, v. A. Sciarrone Alibrandi, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti*, cit., 140 ss.; M. Mancini, *I compiti affidati alla Banca d'Italia nel mutato scenario dei servizi e dei sistemi di pagamento. Prime riflessioni*, in M. Rispoli, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, O. Troiano (a cura di), cit., 167 ss.; M. Doria, V. Fucile, A. Tarola, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento*, in *Quaderni giur. comm.*, a cura di G. Carriero, V. Santoro, n. 284, Milano, 2005, 190 ss.

[36] Con riguardo alle norme sovrannazionali che dovrebbero consentire un efficace governo dell'economia, vi è chi ha osservato che il «Giudice si trova di fronte ad enunciati normativi riferibili, in via prevalente, ad un legislatore che non appare in grado di armonizzare ed omogeneizzare l'armatura concettuale che offre consistenza ad indirizzi culturali differenti»; così F. Capriglione, *Tutela giurisdizionale e processo economico*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2017, 387.

[37] Sui macrofattori che hanno portato ad una trasformazione della disciplina del contratto anche in ragione delle asimmetrie di potere contrattuale esistenti tra i diversi soggetti giuridici del mercato v. S. Amorosino, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, 72 ss.

[38] Il Considerando 53 prevede «che i consumatori e le imprese non si trovano nella stessa posizione, non necessitano dello stesso livello di protezione. Mentre è importante garantire i diritti dei consumatori con disposizioni a cui non si può derogare per contratto, è ragionevole consentire alle imprese e alle organizzazioni di stabilire diversamente quando non hanno a che fare con i consumatori. Tuttavia, è opportuno che gli Stati membri possano stabilire che le microimprese, come definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, debbano essere trattate al pari dei consumatori. In ogni caso, è opportuno che alcune disposizioni di base della presente direttiva si applichino sempre, a prescindere dallo status dell'utente».

norme della PSD2 sono destinate a tutti gli «utenti di servizi di pagamento», salvo che ad alcuni di essi sia consentito derogarvi in sede di contrattazione individuale.

La protezione del «consumatore» nel settore dei servizi di pagamento, in conformità all'art. 169 TFUE (*ex* articolo 153 del TCE)[39], costituisce un aspetto essenziale per il funzionamento del mercato in generale e, più specificamente, del commercio elettronico. La fase del pagamento[40], intesa come adempimento dell'obbligazione pecuniaria[41], è comune a tutti i settori e i soggetti giuridici del mercato e presenta peculiari esigenze di tutela di coloro che, anche in ragione della complessità delle nuove tecnologie telematiche utilizzate nei nuovi servizi di pagamento, rischiano di poter essere coinvolti nelle insidie del WEB[42]. I servizi di pagamento, infatti, si interpongono tra debitore e creditore nella fase di adempimento della prestazione pecuniaria (elettronica), la quale, in tal modo, diviene ad esecuzione complessa, in quanto, a sua volta, implica un autonomo rapporto negoziale[43] con soggetti terzi, prestatori di servizi di pagamento estranei rispetto al contratto principale.

A tal fine l'art. 4, n. 20, fornisce una definizione di «consumatore»[44] utilizzata nella stessa PSD2, circoscrivendola alle persone fisiche che agiscono per sco-

---

[39] In questa prospettiva era stata emanata la Direttiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea destina il Titolo XV alla «protezione dei consumatori» e l'art. 169 (ex articolo 153 del TCE), par. 1, stabilisce che al «fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi». La riconducibilità della protezione del consumatore alla ben più ampia tutela dei diritti fondamentali della persona nell'evoluzione complessa della disciplina comunitaria è ben descritta in G. Alpa, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, 197 ss. Cfr. anche, da ultimo, L. Ammannati, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2019, 24 ss. L'A. vede una nuova stagione per la tutela del contraente-utente «debole» nell'Unione Europea, derivante dall'introduzione «di strumenti sempre più diretti a coinvolgere i consumatori nelle dinamiche di mercato e a farne i protagonisti effettivi delle loro azioni». In quest'ambito si colloca, oltre al «consumatore», anche l'*interessato* disciplinato dal GDPR, nella prospettiva della creazione di un mercato unico digitale.

[40] Per un corretto inquadramento della nozione di «pagamento» nella teoria delle obbligazioni e per le differenze con la nozione di «adempimento» nell'evoluzione della normativa codicistica, con ampi riferimenti bibliografici in nota, v. G.M. Uda, op. cit., 1 ss.

[41] Non diverse in realtà sono le esigenze di protezione del soggetto debole e di sicurezza dei sistemi nei pagamenti eseguiti nei rapporti extracontrattuali, come può accadere, ad esempio, negli adempimenti fiscali verso la PA.

[42] A. Urbani, *La disciplina antiriciclaggio alla prova del processo di digitalizzazione dei pagamenti*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 2019, 692 ss., pone in evidenza come i nuovi sistemi di pagamento informatici costituiscano per le organizzazioni criminali nuove occasioni per la commissione di reati finanziari.

[43] Individua un nuovo contratto tipico nel «contratto di (servizi) di pagamento» O. Troiano, voce *Contratto di pagamento*, *Enc. Dir.*, V, Annali, Milano, 2012, 402 ss.

[44] Nella PSD2, l'art. 4, n. 20, definisce il «consumatore» come «una persona fisica che, nei contratti di servizi di pagamento contemplati dalla presente direttiva, agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale».

pi estranei alla loro attività commerciale o professionale, ma con un riferimento espresso all'esistenza di un contratto relativo a uno dei servizi di pagamento disciplinati nella direttiva. In tal modo vengono esclusi coloro che sono del tutto estranei all'eventuale contratto esistente (i.e. l'utente occasionale), ma che possono essere destinatari degli effetti dei servizi di pagamento, come banalmente può essere un «beneficiario»[45] che riceva un accredito presso un ufficio postale, in assenza di qualsiasi rapporto contrattuale pregresso con le Poste o con il «pagatore»[46]. Meno rispettosa della lettera della norma appare una diversa interpretazione che attribuisca all'inciso «nei contratti di servizi di pagamento», contenuto nella definizione anzidetta una valenza onnicomprensiva di tutti i rapporti in cui gli effetti del contratto di pagamento possano coinvolgere anche i terzi.

Tuttavia si può osservare che il testo dell'art. 1, lett. a), del D.lgs n. 11/2010, modificato dal D.lgs. 2018/2017, trae la definizione di «consumatore» non dalle norme della PSD2, ma dall'art. 3, comma 1, lett. a), del Codice del consumo[47], là dove non si fa menzione di alcun rapporto contrattuale, ma il «consumatore» e l'«utente» sono giuridicamente parificati, utilizzati come definizioni sinonimiche ed identificanti semplicemente «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». Si può, dunque, affermare che la nozione di «consumatore» contenuta nella normativa di attuazione della PSD2, elimina ogni dubbio ermeneutico e talune ambiguità concettuali rilevanti in fase applicativa, massimizzando la nozione e l'ambito di applicazione delle tutele riservate a tale figura oggetto di protezione nel rispetto dei principi e delle finalità della direttiva in parola. In *subiecta materia*, il «consumatore» (o l'«utente») è quindi qualsiasi persona fisica che possa fruire di servizi di pagamento pur non essendo parte di un contratto di pagamento.

Il «consumatore», nella predetta accezione, è destinatario di una disciplina (assolutamente) inderogabile in tema di trasparenza delle informazioni contrattuali[48], oltre che di specifici diritti con riferimento all'uso di servizi di pagamento, contenuta nei titoli III (trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento) e IV (diritti e obblighi in relazione alla prestazione e all'uso di servizi di pagamento) della PSD2. A differenza di quanto avviene per

[45] L'art. 4, n. 9, della PSD2 definisce il «beneficiario» come «una persona fisica o giuridica che è il destinatario previsto dei fondi che sono stati oggetto di un'operazione di pagamento».

[46] L'art. 4, n. 8, della PSD2 definisce il «pagatore» come «una persona fisica o giuridica detentrice di un conto di pagamento che autorizza l'ordine di pagamento a partire da detto conto di pagamento o, in mancanza di conto di pagamento, una persona fisica o giuridica che dà l'ordine di pagamento».

[47] Si tratta del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, «Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229».

[48] Sulla rilevanza della trasparenza e delle informazioni nei meccanismi di formazione dei contratti del consumatore e nei contratti tra imprese si rinvia all'ampio studio di R. Senigaglia, *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007, 111 ss.

le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (art. 34, n. 4, Cod. cons.), nella direttiva sui servizi di pagamento non è prevista una deroga per i contratti che siano anche solo parzialmente negoziati individualmente, i quali rimarrebbero, comunque, affetti da nullità di protezione in ipotesi di violazione delle norme poste a tutela del contraente debole.

È poi opportuno rilevare che in diverse norme della PSD2 si trova il riferimento alla categoria dell'«utente di servizi di pagamento»[49], che è assai più vasta del semplice «consumatore» e dell'«utente» di cui al Cod. cons., in quanto prescinde dal riferimento alla (sola) persona fisica. L'«utente di servizi di pagamento» è, comunque, destinatario di una pluralità di tutele normative presenti nella PSD2, tra le quali si annoverano, ad esempio, il divieto generale di addebito di spese[50] inerenti la messa a disposizione di talune informazioni[51] o l'obbligo di adozione di un sistema di credenziali di autenticazione informatica dell'utente[52].

Le norme generalmente destinate all'«utente di servizi di pagamento» non sono inderogabili quando il predetto soggetto non sia da ascrivere alla categoria del «consumatore» (o a quelle ad essa equiparate) nell'accezione predetta. Ne deriva che il contratto avente ad oggetto servizi di pagamento potrà avere contenuti differenti per le diverse categorie di controparti anche sul piano dei servizi erogabili a pagamento e, dunque, del corrispettivo contrattuale.

Assume, poi, una diversa connotazione in quest'ambito la nozione di «cliente», non espressamente disciplinata nella PSD2, ma utilizzata in talune definizioni[53] in essa presenti come nel caso della «autenticazione forte del cliente». Con tale terminologia ci si riferisce ad una sub categoria di «utente di servizi di pagamento» connotata dall'esistenza di un vincolo contrattuale con un prestatore di servizi di pagamento.

Le diverse categorie soggettive («consumatore», «utente» e «cliente») e le loro variabili definitorie divengono il criterio per l'applicazione delle norme della PSD2 e potrebbero rendere, dunque, alle imprese finanziarie, più complessa l'individuazione della normativa da applicare a ciascun singolo rapporto con-

[49] La PSD2, all'art. 4, n. 10, definisce l'«utente di servizi di pagamento» come la «persona fisica o giuridica che si avvale di un servizio di pagamento in qualità di pagatore, di beneficiario o di entrambi».

[50] Come rileva G. Mucciarone, *La liceità delle "spese secondarie" nelle operazioni bancarie: l'impatto della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, 63 ss., l'espressione «spese» viene utilizzata nella PSD con diverse accezioni e con riferimento a diversi aspetti del rapporto contrattuale tra prestatore e utente di servizi di pagamento.

[51] Cfr. art. 40 PSD2.

[52] Vedi *infra* par. 5.

[53] È il caso della definizione della «autenticazione forte del cliente», di cui all'art. 4, n. 30, secondo il quale essa è «un'autenticazione basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente), che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione».

trattuale. Vieppiù che ai medesimi contratti si applicheranno, comunque, le altre normative poste a protezione del «consumatore», come ad esempio il Codice del consumo[54], o del «cliente» (*tout court*), come il TUB nella parte destinata alla trasparenza bancaria (artt. 115 ss.), che conferiscono a tali definizioni un'autonoma rilevanza.

Le caratteristiche soggettive del (potenziale) contraente dovrebbero, pertanto, essere indagate in fase precontrattuale al fine di evitare inutili contenziosi concernenti l'applicazione delle norme di protezione poste a tutela delle diverse categorie di utenti, ogniqualvolta il prestatore di servizi di pagamento si voglia discostare dal contenuto «legale» del contratto.

4. Segue: *la «microimpresa»*

Come già in precedenza era avvenuto nella PSD1, nella PSD2[55], agli artt. 38, cpv., e 61, par. 3, il legislatore europeo ha autorizzato[56]e, per certi versi e nella sostanza, incoraggiato[57], i legislatori nazionali ad estendere, in sede di attuazione della direttiva, le tutele del «consumatore» alle «microimprese»[58]. Tuttavia, vi è da ritenere che tale opzione legislativa[59] non possa essere formalmente imposta ai

[54] Sul rapporto di specialità tra diritto dei consumatori e diritto dei mercati finanziari cfr. M. Sepe, Clausole vessatorie e abusive nei contratti relativi ai "servizi finanziari": il regime di specialità, in Scritti in onore di Francesco Capriglione, I, Padova, 2010, 797 ss.

[55] Nel Considerando n. 53 della PSD2 si afferma che «è *opportuno* che gli Stati membri possano stabilire che le microimprese, come definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, debbano essere trattate al pari dei consumatori […]». Tale parificazione è motivata, pertanto, con mere (quanto insufficienti) ragioni di opportunità senza che ne siano esplicitati e precisati il fondamento giuridico e la *ratio*.

[56] Si osservi che la concessione di tale opzione legislativa può contrastare con il carattere di massima armonizzazione della PSD2, in quanto può creare, di fatto, un mercato in cui le norme di protezione sono riservate alle sole persone fisiche in alcuni Paesi dell'UE ed in altri, al contrario, si estendono ad un'ampia categoria di enti, sulla base della scelta di ciascun legislatore nazionale in sede di attuazione della direttiva.

[57] Pone in evidenza come tale facoltà non avesse necessità di essere esplicitata, in quanto rientrante già nel potere dei singoli legislatori nazionali A. Sciarrone Alibrandi, *Le regole contrattuali*, in M. Rispoli, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, O. Troiano (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., 96 ss.

[58] La norma che rimette alla discrezione dei legislatori nazionali la definizione soggettiva dei destinatari della PSD2 viene giustificata con il preminente interesse del «contraente debole» di ricevere una tutela adeguata in ciascun ordinamento giuridico nazionale. Rinviene una *ratio* di tutela del contraente debole nella scelta di estendere alle microimprese la disciplina del consumatore S. Vanini, *L'attuazione in Italia della seconda Direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno: le innovazioni introdotte dal d.lgs. 15 dicembre 2017*, n. 218, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 862 ss.; nello stesso senso v. V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, op. cit., 382. Ritiene che vada incentivato il processo di allargamento delle tutele offerte ai consumatori dal Codice del consumo alle microimprese anche con riguardo alle azioni di classe e alle clausole vessatorie F. Trubiani, *La microimpresa dentro e fuori il Codice del consumo (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2016, 1159 ss.

[59] La «microimpresa» è divenuta ormai una categoria sempre più utilizzata nelle normative consumeristiche; sul punto v. F. Trubiani, *La microimpresa dentro e fuori il Codice del consumo* (Prima parte), in *Studium iuris*, 2016, 9, 998.

singoli Stati in sede di direttiva, ma solo autorevolmente suggerita, in quanto siffatta equiparazione giuridica[60] non sembrerebbe giustificabile sul piano del diritto eurounitario[61] giacché mancherebbe – con tutta probabilità – un fondamento giuridico per la tutela del *professionista* (sia pure di piccole dimensioni) che sia di rango pari al soprammenzionato art. 169 TFUE posto a presidio della categoria dei «consumatori».

La disciplina specifica[62] e, per certi versi, pervasiva del rapporto tra prestatore e cliente di servizi di pagamento, colloca il tema in analisi – evidentemente – nel discusso rapporto tra *contratto* e mercato[63] e non, come potrebbe indurre a credere il riferimento alla categoria del «consumatore» e dei «dati sensibili», tra *persona* e mercato[64].

Si può, dunque, abbandonare la visione riferita alla protezione dei diritti della persona per scorgere nella PSD2 una vocazione spiccatamente mercantilistica[65], tesa a creare una categoria omogenea di utenti a cui applicare la medesima normativa contrattuale,nell'intento di standardizzare le strategie di marketing dell'impresa finanziaria, con conseguente aumento di fiducia generalizzata dei diversi soggetti giuridici del mercato.

Anche il legislatore italiano ha puntualmente colto questa opportunità recependo la sollecitazione della direttiva e allargando le tutele consumeristiche della PSD2 alle «microimprese»[66]. Pertanto l'art. 126-bis, par. 3, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (TUB), come modificato dal D.lgs n. 218/17, ha

---

[60] In dottrina è stato rilevato come la (criticabile) equiparazione della «microimpresa» al «consumatore» non rappresenta una tendenza del diritto europeo dei contratti; v. G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e "microimprese" (art. 7 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. Dalla l. 24 marzo 2012, n. 27)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1, 7 ss.

[61] Conformemente v. G. De Cristofaro, op. cit., 12 ss.

[62] La PSD2 dedica i Considerando n. 62-70 al tema della regolazione contrattuale.

[63] Nella prospettiva di consolidare la funzione svolta dalle imprese finanziarie nel mercato, è stata segnalata la necessità di nuove normative tese ad evitare le implicazioni negative derivanti dalle asimmetrie riscontrabili nel mercato da F. Capriglione, *Nuova finanza e sistema italiano*, Milano, 2016, 55, e già G. Oppo, *Contratto e mercato*, in *Vario diritto, Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, 196 ss., il quale proprio con riguardo ai mezzi di comunicazione telematici, vedeva anche la rilevanza del «contratto come momento dell'attività di mercato dell'impresa». Con riferimento all'evoluzione delle discipline del contratto di matrice europea aventi spesso la finalità di favorire la creazione e lo sviluppo della concorrenza di un in determinati settori del mercato v. S. Amorosino, op. cit., 77 ss.

[64] Il riferimento è a N. Irti, *Persona e mercato*, op. cit., 297 s., il quale ritiene che «nella difesa della libertà e nella lotta per il mercato, risiede la dignità della persona».

[65] Coglie la natura propria della PSD2 sotto il profilo teleologico della tutela del mercato C. Marseglia, *IBAN erroneo ed esclusione di responsabilità dei prestatori di servizi di pagamento per inesatta esecuzione dell'ordine di bonifico*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 2018, 2.

[66] La PSD1 rappresenta la prima direttiva comunitaria nella quale si è tentata un'equiparazione tra il «consumatore» e la «microimpresa». Sull'uso della nozione di «microimpresa» nella normativa di provenienza comunitaria si veda S. Pagliantini, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 431 ss.

stabilito la derogabilità delle norme di attuazione della PSD2 solo «se l'utilizzatore di servizi di pagamento non è un consumatore, né una micro-impresa […]».

È stata così introdotta un'ulteriore categoria destinataria di specifiche tutele non sovrapponibile per intero a quella dell'«utente di servizi finanziari», ma assai più vasta e rilevante del (solo) «consumatore», giacché ricomprende anche le «microimprese» che siano, in concreto, persone fisiche dedite ad attività professionali, persone giuridiche ed altri enti civili e commerciali di varia natura. Invero, l'art. 4, n. 36, della PSD2[67], definisce la «microimpresa» come «un'impresa che al momento della conclusione del contratto di servizi di «pagamento è un'impresa quale definita all'articolo 1 e all'articolo 2, paragrafi 1 e 3, dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE». Si ha, in pratica, una definizione effettuata attraverso il rinvio ad un'altra definizione contenuta in una (mera) *raccomandazione* che aveva già destato diverse perplessità sul piano interpretativo-applicativo[68]. Il riferimento, comunque, è a «un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EUR»[69], nell'accezione europea di impresa comprendente, in sostanza, chiunque svolga un'attività economica[70]. Il discrimine tra la «microimpresa» e le imprese medio-grandi è rappresentato da un criterio puramente dimensionale secondo una logica aziendalistica, che prescinde dal livello di competenze professionali esistenti in capo al soggetto contraente.

Nella fattispecie in esame, mancano così tutti i presupposti di tutela che caratterizzano le normative emanate con il fine esplicito di fornire una tutela dalle asimmetrie informative ad un soggetto debole del mercato. Non è dato comprendere sul piano della logica giuridica per quale ragione un'impresa con dieci dipendenti dovrebbe essere in grado di valutare la convenienza di contratto meno

[67] Tuttavia si può osservare che il testo dell'art. 1, lett. t), del D.lgs n. 11/10, modificato dal D.lgs 2018/17, definisce la «micro-impresa» come «l'impresa che, al momento della conclusione del contratto per la prestazione di servizi di pagamento, è un'impresa che possiede i requisiti previsti dalla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, vigente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero i requisiti individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 104, lettera a) della direttiva 2015/2366/UE».

[68] Le difficoltà di individuare la *microimpresa* come un'autonoma categoria di soggetti è posta in evidenza da F. Trubiani, *La microimpresa dentro e fuori il Codice del consumo (Prima parte)*, cit., 1000 ss., là dove viene posto in evidenza che la necessità di definire la «microimpresa» è nata, inizialmente, per esigenze di selezione delle imprese da ammettere su base dimensionale ai bandi per progetti e finanziamenti europei nei settori agricolo-forestale e degli affari marittimi e della pesca.

[69] Così: «Raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (2003/361/CE)», Allegato, art. 2, par. 3.

[70] Con profonde differenze rispetto a quanto disposto per la figura dell'«imprenditore» dall'art. 2082 c.c., la Raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, all'art. 1, contenente la nozione (nel diritto europeo) di «impresa» secondo cui si «considera impresa ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un'attività economica».

di quanto possa fare la stessa impresa che assume una nuova unità di personale. Tale logica può essere efficacemente utilizzata per distinguere in modo netto talune categorie di imprese quando rilevi la dotazione patrimoniale delle medesime ai fini della loro capacità di sopportare eventuali spese connesse ad un finanziamento o ad una sanzione, ovvero di reagire ad un'altrui posizione economica dominante, ma non per distinguere le loro capacità cognitive in relazione ad un testo contrattuale predisposto da terzi.

L'estensione delle tutele del consumatore contenute nei titoli III e IV della PSD2 alla «microimpresa», sotto il profilo applicativo, può riguardare, in base alla formulazione della norma, anche imprese di maggiori dimensioni rispetto alla definizione sopra riportata. Invero, la microimpresa è una sorta di *status* dimensionale che – auspicabilmente – ogni imprenditore si prefigge di migliorare con un aumento di fatturato che superi i limiti predetti, il quale può comportare anche un aumento dei (dieci) dipendenti. Occorre, infatti, ricordare che il presupposto applicativo della norma al rapporto contrattuale si riferisce «al momento della conclusione del contratto di servizi di pagamento». Poiché nel caso in esame si tratta – di regola – di contratti di durata anche pluriennale aventi ad oggetto servizi di pagamento, si applicherà al rapporto contrattuale la disciplina della «microimpresa» (e del consumatore nella PSD2) anche a distanza di diversi anni. Ovverosia anche quando il contratto sia stato originariamente sottoscritto da una *start up* («microimpresa»), ma la patologia del contratto sia relativa ad atti o fatti manifestatisi durante lo svolgimento del rapporto contrattuale dopo che la «microimpresa» sia divenuta, ad esempio, una media o grande impresa, superando i limiti di fatturato e assumendo ben più di dieci dipendenti.

L'area soggettiva di applicazione della gran parte delle norme della PSD2 tradotte nella normativa d'attuazione, così come sopra delineata, riguarda qualsiasi «utente di servizi di pagamento» che, al momento della conclusione del contratto non superi i limiti dimensionali della «microimpresa» fissati *ratione temporis*. Una platea così allargata di soggetti cui applicare la disciplina della PSD2 ricorda la nozione di «cliente», più volte utilizzata nella normativa dei mercati finanziari[71] tesa a superare ed unificare le diverse categorie di possibili contraenti. Si riteneva, infatti, che un'armonizzazione territoriale (direttiva UE) appaia più efficace se ad essa corrisponde anche un'armonizzazione soggettiva dei destinatari della normativa.

[71] Una chiara scelta nella direzione di unificare la clientela *retail* è stata compiuta nella «Direttiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE».

Diversamente non parrebbe facilmente giustificabile una normativa avente la finalità di tutelare il «contraente debole»[72] che in numerosi casi concreti potrebbe non essere realmente così *debole*[73]. Si pensi ad una *start up*-«microimpresa» di servizi di informazione sui conti che stipula un contratto con un'altra «microimpresa», che usa tale servizio nel proprio *core business.* Si tratterebbe di un contratto che – ove non avesse ad oggetto servizi diversi da quelli di pagamento – andrebbe tipicamente considerato un contratto tra imprese, o secondo certa terminologia B2B[74].

Colgono solo parte del fenomeno e non possono considerarsi, quindi, del tutto dirimenti le ragioni ipotizzate[75] per giustificare la tutela dell'una rispetto all'altra (micro)impresa, specie se la protezione si sostanzia in una compressione dell'autonomia privata basata su criteri esclusivamente dimensionali di uno dei due soggetti contraenti (entrambi con lo *status* di «professionista» ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. c), Cod. cons.[76]).

La problematica in esame evoca il noto dibattito dottrinale concernente le tendenze delle più recenti normative comunitarie volte a superare la categoria del «consumatore» per sostituirla con quella ben più ampia del «cliente»[77], delineando così la disciplina del «contratto asimmetrico» o, secondo un'altra prospettiva,

---

[72] La Corte di giustizia CE (Seconda Sezione) con la Sentenza del 20 gennaio 2005 nella Causa C-464/01 (Gruber), in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0464&from=FR, ha statuito che «un soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte estraneo alla sua attività professionale non ha il diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche previste dagli artt. 13-15 della detta Convenzione, a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale». La «non professionalità» del consumatore è stato ritenuto l'elemento discriminante ai fini dell'applicazione della relativa normativa di protezione. Tale aspetto appare del tutto superato quando la tutela consumeristica venga estesa a soggetti che per definizione hanno carattere professionale come la «microimpresa».

[73] Pone in evidenza fondati dubbi sulla debolezza della microimpresa nei rapporti (biunivoci) con il professionista E. Labella, *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 864 ss.

[74] Rileva i diversi presupposti di applicazione basati sulla natura soggettiva delle parti contrattuali S. Pagliantini, op. cit., 433 ss.

[75] Ritiene una scelta legislativa criticabile, sotto il profilo sistematico, volta ad ampliare la protezione dei soggetti «deboli» del mercato mediante l'estensione della tutela della (ristretta) categoria dei consumatori alle «microimprese», G. De Cristofaro, op. cit., 27 s. e, nello stesso senso V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, op. cit., 382 ss. Diversamente, è stato evidenziato che, nello specifico settore dei pagamenti, la «microimpresa» non viene in rilievo quale soggetto «genericamente debole, bensì nell'ottica specializzante di un contraente afflitto da una specifica incompetenza finanziaria»; così: S. Pagliantini, op. cit., 436.

[76] È considerato «professionista» ai fini dell'applicazione del Codice del consumo «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario».

[77] La *ratio* di protezione del «cliente» (indipendentemente dalla natura soggettiva) andrebbe ricercata nella strutturale impossibilità per tale soggetto giuridico del mercato di disporre delle conoscenze necessarie al controllo della "prestazione caratteristica" erogata dell'impresa fornitrice, sul punto v. V. Roppo, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.,* 2010, 3, 24 ss.

del c.d. «terzo contratto»[78]. Tuttavia, se è innegabile che la PSD2 rappresenti un ulteriore esempio di normativa comunitaria posta a tutela di una certa categoria di soggetti giuridici del mercato più vasta del solo «consumatore», essa non costituisce un tassello di una generale disciplina del «contratto asimmetrico», ma è, al contrario, un frammento autonomo della regolazione del mercato che detta norme speciali[79] riferite ad una categoria specifica di servizi del mercato finanziario, non suscettibile di estensione analogica.

Una tendenza uniformatrice dei ceti di clientela si può riscontrare proprio all'interno del TUB in tema di «trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti», agli artt. 115 ss., destinati alla tutela del «cliente» senza alcuna distinzione di sotto categorie, per quel che concerne alcuni aspetti fondamentali della stipulazione e dell'esecuzione dei contratti bancari.

Un altro riferimento può riguardare la categoria del «cliente al dettaglio», detto anche *retail*, disciplinato dall'art. 4, n. 11, della c.d. MiFID 2[80]. È una categoria definita secondo un criterio residuale che individua i soggetti ad essa appartenenti in quanto non ascrivibili alla categoria del «cliente professionale». Ovverosia colui che «possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere le proprie decisioni in materia di investimenti e valutare correttamente i rischi che assume […]»[81], con riguardo – in questo caso – all'acquisto di prodotti e servizi finanziari. Nella direttiva appena menzionata il cliente non viene classificato sulla base di un mero criterio dimensionale e nemmeno sulla base della distinzione tra persona fisica e giuridica, ma in ragione delle specifiche compe-

[78] Il «terzo contratto» rappresenta un'efficace espressione coniata da R. Pardolesi, Prefazione a G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII, secondo cui tale figura concerne un'ampia area di contratti che si colloca tra «due nuclei solidi, in grado di esprimere, ciascuno per la sua parte, una ratio destinata ad orientare il momento applicativo: da ravvisare, per un verso, in una sublimazione pressoché autoreferenziale di autonomia e responsabilità, con la funzione del diritto tendenzialmente ridotta a garantire – quando il carattere normalmente self-enforcing di tali pattuizioni non basti ad arginare deviazioni opportunistiche – la coattività degli impegni assunti; per l'altro, in un consapevole paternalismo, che intende supplire all'insanabile miopia di chi popola i mercati senza poterne essere protagonista dall'interno». Per un'esauriente ricostruzione della figura in parola, tra gli altri, v. amplius: G. Gitti, G. Villa (a cura di), Il terzo contratto, Bologna, 2008; E. Minervini, Il «terzo contratto», in Contratti, 2009, 493 ss.; A. Gianola, (voce) *Terzo Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Aggiornamento, Torino, 2009, 571 ss. Per una critica condivisibile alla figura in questione E. Labella,op. cit., 888 ss.; per un raffronto tra il terzo contratto e il contratto asimmetrico v. A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 536 ss.; L. Nonne, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Cont. imp.*, 2016, 987 ss.

[79] Conformemente V. G. De Cristofaro, op. cit., 7 ss.

[80] Si tratta della Direttiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE). Sui diversi profili della MIFID2 anche inerenti la disciplina dei rapporti con la cliente *retail* si rinvia *amplius* a V. Troiano, R. Motroni, (a cura di), *La MiFID II, Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, Padova, 2016.

[81] Cfr. Allegato II della MiFID2.

tenze ed esperienze che possa concretamente dimostrare di possedere all'atto della stipulazione del contratto.

In altre parole, quando il legislatore ha voluto realmente dettare una disciplina dell'attività delle imprese finanziarie posta a tutela delle asimmetrie informative nelle negoziazioni ha unificato la categoria del «cliente» o ha dettato parametri specifici verificabili in concreto inerenti le conoscenze dei clienti.

Nel caso della PSD2 il (discutibile sotto il profilo giuridico quanto utile sul piano pratico) criterio dimensionale pare essere legato alla necessità di individuare un amplissimo ceto di clientela rispetto al quale deve essere semplificata la fase di negoziazione della vendita di servizi di pagamento, garantendo – comunque – la sicurezza e l'efficienza dell'intero sistema dei pagamenti.

Si osservi, poi, che la tecnica utilizzata per la tutela del soggetto (presunto) «debole» nei servizi di pagamento è quella della sottrazione del contenuto del contratto all'autonomia delle parti[82] per sostituirla con un oggetto – in gran parte – predeterminato per legge. La tutela fornita dalla PSD2 all'«utente di servizi di pagamento» è persino più rigorosa rispetto a quella ordinariamente concessa al «consumatore». Invero, se si osserva il dettato dell'art. 40, par. 3, il controllo sull'equilibrio contrattuale non concerne solo i diritti e gli obblighi derivanti alle parti, ma riguarda anche la quantificazione delle spese relative a determinati servizi le quali devono essere «ragionevoli e proporzionate ai costi effettivi sostenuti dal prestatore di servizi di pagamento», laddove il Codice del consumo, all'art. 34, precisa che la «valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi […]».

È poi appena il caso di sottolineare come un aspetto di particolare interesse della nuova direttiva sia rappresentato dalla disciplina del recesso *ad nutum*, di cui all'art. 55, destinata a tutti gli «utenti di servizi di pagamento». Anche in questo caso si tratta di una disciplina di protezione avente una matrice tipicamente consumeristica, ma utilizzata in quest'ambito a favore anche delle imprese, con le finalità di cui sopra si è detto.

Del pari vanno considerati gli artt. 50 ss., i quali, nel disciplinare i «contratti quadro», impongono un contenuto specifico alle parti che attiene sia alle informazioni, sia ai diritti riconosciuti all'utente e, in alcuni casi, per vero assai limitati, persino a determinate prestazioni contrattuali. Quest'ultimo è il caso dei costi che possono essere messi a carico del cliente per l'invio di talune informazioni rese obbligatorie dalla normativa e previste dall'art. 62 secondo il quale le «spese

[82] Sottolineano come già nella PSD sia stata introdotta una disciplina contrattuale uniforme dei servizi di pagamento «in larga misura indisponibile, specialmente quando l'utente dei servizi è un consumatore o una microimpresa» V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, op. cit., 381.

sono concordate tra l'utente e il prestatore di servizi di pagamento e sono adeguate e conformi ai costi reali sostenuti dal prestatore di servizi di pagamento». In tal modo si è sottratta alla negoziazione (anche nei confronti delle «microimprese») un'area del rapporto contrattuale che potrebbe svilupparsi sotto forma di servizi innovativi o aggiuntivi e divenire così – legittimamente – fonte di lucro per l'impresa e tema di concorrenza a vantaggio degli utenti.

5. *La protezione (allargata) dei dati degli utenti e la s*trong customer authentication

La PSD2 ha introdotto nel mercato nuove categorie di soggetti che possono offrire servizi di pagamento, i quali, pur non avendo le caratteristiche proprie delle imprese bancarie[83] e degli istituti di moneta elettronica, poiché non entrano mai nella disponibilità delle somme oggetto di un'operazione di pagamento, possono operare con dei rischi ridotti per i pagatori e per i beneficiari (e sotto questo profilo non sarebbero nemmeno tecnicamente da considerare come «imprese finanziarie»).

In realtà, il rischio per l'utente di tali servizi riguarda principalmente la frode nell'uso delle credenziali di autenticazione, che tali soggetti possono compiere direttamente o consentire (anche solo) colpevolmente che altri compiano. Inoltre, i rischi sempre più insidiosi dell'Internet[84] quali il «*phishing*», l'hackeraggio, i virus ed altri hanno contribuito a diffondere una generale diffidenza verso le nuove tecnologie, dovuta anche alle difficoltà di risalire agli autori degli illeciti spesso operanti in Paesi extraUE. Per questa ragione l'elevazione degli *standard* minimi di sicurezza e di protezione dei dati dei clienti rispetto alla normativa previgente è stata una delle novità della PSD2. Il miglioramento di tali livelli di sicurezza normativi, ove inserito nel contenuto delle offerte contrattuali, potrà essere una scelta dell'operatore e potrà anche divenire uno degli elementi sui cui fondare la concorrenza tra le imprese di settore.

Il problema delle frodi nei pagamenti ha creato, anche dal punto di vista giurisprudenziale, non poche difficoltà nell'individuazione dei diversi profili di responsabilità[85] dei vari soggetti coinvolti nelle operazioni di pagamento e dei

[83] Il fenomeno si può inquadrare in quello che un'autorevole Dottrina ha definito «l'ipotizzabile tramonto del cd. sistema *bancocentrico*» (così: F. Capriglione, *Nuova finanza e sistema italiano*, cit., 52), con il quale si vuole porre in evidenza come le nuove tecnologie e l'ingresso di nuovi attori nei mercati finanziari stia erodendo gli ambiti di competenza a suo tempo riservati in via esclusiva al comparto bancario.

[84] Sui diversi rischi della rete si rinvia a S. Balsamo Tagnani, op. cit., 619.

[85] Sulle difficoltà interpretative volte all'individuazione del soggetto responsabile in ipotesi di esecuzione degli ordini di pagamento errati v. C. Marseglia, op. cit., 4 ss.

criteri di ripartizione dei medesimi. Per tali ragioni la *strong customer authentication*[86] costituisce certamente un elemento centrale dell'architettura della PSD2. Si definisce «autenticazione forte del cliente» la procedura di identificazione basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente), che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione[87].

È evidente che una simile definizione può implicare, di regola, il trattamento di dati personali del cliente. Per tale ragione, in tutto il sistema «SEPA» si applica la disciplina del trattamento dei dati personali oggi consolidata nel regolamento (UE) 2016/679, come, peraltro, espressamente dispone l'art. 94, par. 1, della PSD2[88] (sia pure con riferimento alla normativa previgente).

La *strong customer authentication* costituisce una norma inderogabile diretta a tutti gli «utenti di servizi di pagamento» (ivi comprese le imprese medio-grandi). In ogni caso, tutte le informazioni trattate nei sistemi di pagamento ricevono già una protezione elevata derivante dall'applicazione degli standard di sicurezza[89] imposti dalla specifica normativa *privacy*[90] nel concepire l'architettura dei

[86] La centralità del tema della nuova *strong customer authentication* anche nella fase attuativa della PSD2 è posta in evidenza in: *EBA-Op-2019-06*, 21 June 2019, *Opinion of the European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2*, in https://eba.europa.eu/-/eba-publishes-an-opinion-on-the-elements-of-strong-customer-authentication-under-psd2.

[87] Cfr. art. 4, n. 30, PSD2.

[88] «Gli Stati membri autorizzano il trattamento dei dati personali da parte di sistemi di pagamento e di prestatori di servizi di pagamento se necessario per garantire la prevenzione, l'indagine e l'individuazione dei casi di frode nei pagamenti. La fornitura di informazione a persone fisiche in merito al trattamento dei dati personali e al trattamento di tali dati personali e di qualsiasi altro trattamento di dati personali ai fini della presente direttiva è effettuata in conformità della direttiva 95/46/CE, delle norme nazionali di recepimento della direttiva 95/46/CE e del regolamento (CE) n. 45/2001».

[89] Il GDPR ha disciplinato in modo generale il tema della sicurezza dei sistemi in cui sono trattati dati personali agli artt. 32 ss. Cfr. sul punto F. Bravo, *L'architettura del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 804 ss., il quale pone in evidenza l'ampiezza e la generale rilevanza dei cogenti obblighi di sicurezza posti in capo al titolare e al responsabile del trattamento.

[90] Nel Considerando 89 della PSD2 si è dovuto rilevare che la «prestazione di servizi di pagamento da parte dei prestatori di servizi di pagamento può comportare il trattamento di dati personali. La direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, le norme nazionali che danno attuazione alla direttiva 95/46/CE e il regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio si applicano al trattamento dei dati personali ai fini della presente direttiva. In particolare, qualora ai fini della presente direttiva vi sia trattamento di dati personali, è opportuno che sia specificato lo scopo preciso, siano citate le basi giuridiche pertinenti, vi sia conformità con i requisiti di sicurezza pertinenti di cui alla direttiva 95/46/CE e siano rispettati i principi di necessità, proporzionalità, limitazione delle finalità e proporzionalità del periodo di conservazione dei dati. Inoltre, la protezione dei dati fin dalla progettazione e la protezione dei dati di default dovrebbero essere integrate in tutti i sistemi di trattamento dei dati sviluppati e utilizzati nel quadro della presente direttiva».

sistemi informatici[91] e responsabilizzare i diversi soggetti coinvolti nel trattamento dei dati[92]. Tuttavia, talune tutele riservate ai «dati personali», come meglio si dirà di seguito, riguardano solo le informazioni riferite a persone fisiche individuate o individuabili.

Anche per tale ragione tra le novità introdotte dalla PSD2 vi è certamente la definizione dei «dati sensibili relativi ai pagamenti» contenuta nell'art. 4, par. 1, n. 32[93], avente ad oggetto una particolare categoria di informazioni, tra le quali vale ricordare le credenziali di sicurezza personalizzate, che possono essere utilizzate al fine di commettere frodi, con la precisazione che in tale categoria non rientrano il nome del titolare del conto e il numero del conto[94].

Si tratta di un nucleo di informazioni di primissima rilevanza nella struttura della disciplina dei servizi di pagamento, in quanto consente al titolare del conto di pagamento, ai terzi autorizzati e a chi ne dovesse fare uso fraudolento, di accedere al conto di pagamento e di compiere atti di disposizione sulle somme ivi allocate. Per tale ragione la PSD2 contiene una specifica disciplina di protezione di tali informazioni finalizzata a evitare che la circolazione di esse possa agevolare i predetti comportamenti fraudolenti. Pertanto, è richiesto ai soggetti di garantire l'osservanza di procedure per archiviare, monitorare, tracciare e limitare l'accesso a tali dati da attuarsi anche mediante una specifica politica di sicurezza, comprendente una valutazione dettagliata dei rischi di frode e di uso illegale dei dati.

Tali garanzie si sovrappongono, anche se solo parzialmente, a quelle poste dalla normativa sul trattamento dei dati personali oggi contenute nel GDPR[95],

---

[91] Per il concetto di «*privacy by design*» inteso quale principio giuridico che presiede *ab origine* alla costruzione dell'architettura dei sistemi informatici ed organizzativi nei quali vengono trattati dati personali al fine di minimizzarne il rischio di trattamenti illeciti v. R. D'orazio, *Protezione dei dati by default by design*, in S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano, 2016, 80 ss.; G. D'Acquisto, F. Naldi, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2016, 171 ss.; F. Bravo, op. cit., 793 ss.

[92] La «*accountability*» è da considerarsi – in estrema sintesi – un nuovo criterio normativo per la responsabilizzazione del soggetto che tratta dati personali introdotto dal regolamento (UE) 679/2016; cfr. sul punto G. Finocchiaro, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 10 ss.)

[93] Sono «dati sensibili relativi ai pagamenti» i «dati che possono essere usati per commettere frodi, incluse le credenziali di sicurezza personalizzate. Per l'attività dei prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento e dei prestatori di servizi di informazione sui conti, il nome del titolare del conto e il numero del conto non costituiscono dati sensibili relativi ai pagamenti».

[94] A. Burchi, S. Mezzacapo, P. Musile Tanzi, V. Troiano, op. cit., 40, ritengono che l'esclusione di diritto di tali dati dal novero di quelli «sensibili relativi ai pagamenti» debba "trovare presumibilmente la sua *ratio* nella necessità di coordinare il divieto di cui all'art. 67, par. 2, lett. e), della PSD2 con il fatto che il «nome del titolare» e il «numero» di un conto di pagamento sono dati necessari per la prestazione del servizio in questione".

[95] Si tratta del c.d. GDPR (*General Data Protection Regulation*) ovverosia del «Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)». Il nuovo regolamento è il più importante atto normativo ad oggi adottato dall'Unione Europea in materia di trattamento di dati personali; tra i primi commenti sui profili generali del regolamento anche con riguardo all'evoluzione normativa precedente si segna-

che all'epoca dell'emanazione della PSD2 erano ancora riferibili alla Direttiva 95/46/CE[96] e alle relative normative di attuazione. Occorre, dunque, sgombrare il campo da taluni possibili equivoci terminologici[97]. In particolare si evidenzia che i «dati sensibili relativi ai pagamenti» sono una categoria giuridica diversa dai «dati sensibili»[98] (definiti e disciplinati, ad esempio,nella normativa italiana di attuazione della Dir. 96/46/CE) sotto il profilo sia ontologico, sia teleologico e financo terminologico.

Il nuovo GDPR (così come la predetta direttiva da esso abrogata) non fa menzione dei «dati sensibili», che vengono ricompresi nell'art. 9 ove sono disciplinate le «categorie particolari di dati»[99]. Tuttavia, il D.lgs. 101/18[100], all'art. 22[101], ha precisato che ogni menzione dei «dati sensibili» deve intendersi riferi-

---

lano: M.G. Stanzione, *Il regolamento europeo sulla "privacy": origini e ambito di applicazione*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 1249 ss.; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, I, 184 ss.; Id., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016, II; G. Finocchiaro, op. cit., 1 ss.

[96] Il riferimento è alla «Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati».

[97] Le difficoltà di coordinamento e interpretative delle norme contenute nel GDPR e nella PSD2 sono sottolineate da A. Burchi, S. Mezzacapo, P. Musile Tanzi, V. Troiano, op. cit., 32 s.; ove viene anche opportunamente richiamato quanto affermato dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati secondo cui «*the legal framework regarding explict consent is complex, since both PSD2 as the GDPR include the concept of "explicit consent". This leads to the question whether "explicit consent" as mentioned in Article 94 (2) of PSD2 should be interpreted in the same way as explicit consent under GDPR*».

[98] L'art. 8 della Dir. 95/46/CE ha disciplinato i trattamenti riguardanti categorie particolari di dati e imponendo il divieto di trattamento di «dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché il trattamento di dati relativi alla salute e alla vita sessuale». Ma la definizione dei «dati sensibili» è contenuta nell'originaria formulazione dell'art. 4, par. 1, lett. d), secondo cui essi sono «dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

[99] Con riguardo alle differenze tra le nuove categorie di dati disciplinate dal GDPR e i «dati sensibili» v. M. Dell'Utri, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), op. cit., 231 ss.

[100] Si tratta delle «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", emanate sulla base della delega contenuta nell'articolo 13 della legge n. 163 del 2017 (legge di delegazione europea 2016-2017)», che ha consentito di emanare provvedimenti legislativi atti ad armonizzare le disposizioni nazionali in vigore prima del 25 maggio 2018 con i contenuti del Regolamento UE 2016/679. Non vede un eccesso di delega nella normativa nazionale di adeguamento al regolamento UE 2016/679 G. De Gregorio, *Sull'eccesso di delega del decreto legislativo di adeguamento del Codice "Privacy" alla disciplina del Regolamento (UE) 679/2016*, in *Riv. dir. media*, 2018, 1 ss.

[101] La categoria dei «dati sensibili» non coincide perfettamente con il contenuto del nuovo art. 9 del GDPR. Nonostante la diversa terminologia adottata dal GDPR, l'art. 22, par. 2, del D.lgs. 101/2018 ha precisato che "A decorrere dal 25 maggio 2018 le espressioni «dati sensibili» e «dati giudiziari» utilizzate ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettere d) ed e), del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto

ta alla categoria di cui all'art. 9 del GDPR, rendendo, così, in qualche modo, la categoria predetta ancora dotata di un'autonoma rilevanza nel diritto positivo.

Tale distinzione si apprezza *in primis* per ragioni di tipo soggettivo[102]. L'attuale disciplina europea del trattamento dei dati personali riguarda esclusivamente le persone fisiche, sebbene talune normative nazionali in passato abbiano esteso il concetto di «dato personale» alle informazioni che riguardassero qualsiasi soggetto di diritto[103].

Nella PSD2 per «dati sensibili relativi ai pagamenti» si intendono delle informazioni riferibili all'«utente di servizi di pagamento» e perciò stesso concernenti soggetti che possono essere (e in concreto spesso sono) diversi dalla sola persona fisica. In altre parole e ad esempio, le credenziali di sicurezza personalizzate ben possono riguardare il conto di pagamento di cui è titolare una società, un'associazione o una pubblica amministrazione e, pertanto, in nessun modo possono essere ricondotti alla nozione di «dato personale» (riferibile alla sola persona fisica).

Non può però sottacersi che il riferimento alla «inerenza» contenuta nella definizione di «autenticazione forte del cliente»[104] contempla anche l'uso di parametri biometrici[105] nei processi identificazione o autenticazione informatica, che devono essere qualificati come «dati personali» in senso proprio (peraltro, oggi espressamente annoverati tra quelli appartenenti alle «categorie particolari» di cui all'art. 9 GDPR). Perciò, le categorie dei «dati sensibili relativi ai pagamenti» del-

legislativo n. 196 del 2003, ovunque ricorrano, si intendono riferite, rispettivamente, alle categorie particolari di dati di cui all'articolo 9 del Regolamento (UE) 2016/679 e ai dati di cui all'articolo 10 del medesimo regolamento"; sul punto v. R. Motroni, *La libera circolazione dei dati personali nel mercato finanziario dopo l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, 13 ss.

[102] Colgono la differente connotazione soggettiva concernente l'*interessato* e l'*utente* nella PSD2 A. Burchi, S. Mezzacapo, P. Musile Tanzi, V. Troiano, op. cit., 33.

[103] Un esempio era certamente la legge 675/96 dove, all'art. 1, per «dato personale» si considerava «qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale». Tuttavia ogni riferimento alla persona giuridica, all'ente o all'associazione sono stati eliminati dalla novella introdotta con l'art. 40, comma 2, lett. a), del «decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214», che limita il concetto di «dato personale» alle sole informazioni riferite alle persone fisiche.

[104] La PSD2, all'art. 4, n. 30, definisce la «autenticazione forte del cliente» come «un'autenticazione basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente), che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione». Sul punto v. S. Vanini, op. cit., 866 ss. Si deve anche ricordare che la complessa regolazione dell'autenticazione forte ha richiesto l'emanazione del «regolamento delegato (UE) 2018/389 della Commissione del 27 novembre 2017 che integra la direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione per l'autenticazione forte del cliente e gli standard aperti di comunicazione comuni e sicuri», cui si rinvia anche per i dettagli tecnici.

[105] Secondo l'art. 4, n. 14, del GDPR sono «dati biometrici» «i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici».

la PSDP2 e dei «dati sensibili» della disciplina italiana possono, talvolta, parzialmente sovrapporsi senza che ciò debba ingenerare incertezze terminologiche sui fenomeni cui le singole definizioni fanno riferimento.

Anche sotto il profilo oggettivo le differenze appaiono evidenti. Infatti, quand'anche considerassimo i «dati sensibili relativi ai pagamenti» riferiti ai soli clienti persone fisiche, non potremmo estendere ad essi la tutela riservata ai «dati sensibili» dalla normativa sul trattamento dei dati personali, in ragione dell'ontologica differenza che li caratterizza. I primi, infatti, riguardano nella sostanza solo credenziali informatiche, mentre i secondi concernono aspetti intimi della vita delle persone (fisiche). Nella nozione di «dato sensibile», non sono ricomprese semplici informazioni di carattere patrimoniale, reddituale, fiscale ecc., e la protezione ad esso riservata «non solo è più forte di quella riconosciuta al dato meramente personale, ma è anche qualitativamente diversa, venendo in rilievo non solo un interesse fondamentale del soggetto la cui situazione culturale, politica o sanitaria può essere racchiusa in un dato, ma anche un principio generale di ordine pubblico nelle relazioni tra soggetti. Ogni dato che consenta l'identificazione in capo ad un soggetto di una situazione di debolezza, di disagio, ovvero di una situazione che l'esperienza storica ha dimostrato possa dar luogo a situazioni discriminatorie ovvero lesive dei diritti del titolare del dato stesso, viene prudenzialmente protetto in maniera più forte che non qualunque dato che attenga alla generica riservatezza della persona, con un regime che implica per definizione l'intervento del Garante, quanto meno accanto alla volontà del titolare»[106].

Vale rilevare che l'art. 5 della PSD2, relativo al contenuto delle domande di autorizzazione a svolgere attività come istituto di pagamento, prevede che venga allegato «un documento relativo alla politica di sicurezza, comprendente una valutazione dettagliata dei rischi relativi ai servizi di pagamento offerti e una descrizione delle misure di controllo e di mitigazione adottate per tutelare adeguatamente gli utenti di servizi di pagamento contro i rischi individuati in materia di sicurezza, compresi la frode e l'uso illegale di dati sensibili e personali».Tale norma sembra individuare due differenti categorie: i «dati sensibili» e i «dati personali». Se si considera che nella direttiva 95/46/CE (e nelle successive norme di attuazione), tutti i «dati sensibili» sono necessariamente «dati personali» in quanto le due categorie si pongono in rapporto di *genus ad speciem*, la differenziazione

[106] Così: Cass., 22 settembre 2011, n. 19365, in *Giust. civ.*, 2011, 10, I, 2262 ss. In dottrina si è affermato che i «dati sensibili, ovvero quelle particolari categorie di dati maggiormente idonee ad invadere la sfera più personale dell'interessato, nonché più facilmente utilizzabili in modo discriminatorio, continueranno, quindi, a godere di tutela più ampia rispetto alle categorie di dati che coinvolgono aspetti più superficiali e meno riservati della vita degli individui» (così: S. Martinelli, *Il nuovo Regolamento generale sulla protezione dei dati: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Dimt.it*, 2016, 14) da ultimo sulla rilevanza del dato sensibile nel quadro del nuovo GDPR e sulla protezione "rinforzata" ad essi riservata v. F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, cit., 21 ss.

si spiega solo se il riferimento è alla diversa categoria introdotta dalla PSD2 dei «dati sensibili relativi ai pagamenti».

Le precedenti considerazioni pongono in evidenza le marcate differenze che distinguono le due normative sul piano teleologico: la PSD2 mira a sviluppare i servizi di pagamento nel mercato unico e a prevenire le frodi nei pagamenti, tutelando così il patrimonio dell'utente dei servizi di pagamento[107], mentre il GDPR (e le normative precedenti in materia di trattamento dei dati personali) mira a tutelare la sfera privata della persona e a garantire la libera circolazione delle informazioni[108].

Per le ragioni suddette talune tutele tipiche della disciplina del trattamento dei dati personali come gli obblighi di sicurezza, di analisi dei rischi o di cancellazione dei dati sono state applicate dalla PSD2 a tutti i «dati sensibili relativi ai pagamenti», ancorché questi ultimi siano riferiti anche a soggetti giuridici diversi dalla (sola) persona fisica. Le norme della PSD2 consentono, così, anche di superare l'annosa questione della lacuna normativa in tema di protezione delle informazioni appartenenti a soggetti diversi dalle persone fisiche[109]. La disciplina del trattamento di tali informazioni sarebbe, infatti, rimessa al solo regolamento contrattuale eventualmente esistente tra titolare del trattamento e soggetto interessa-

[107] Il Considerando n. 6 della PSD2 pone in evidenza come sia «opportuno stabilire nuove regole al fine di colmare le lacune regolamentari, garantendo al contempo maggiore chiarezza giuridica e un'applicazione uniforme del quadro legislativo in tutta l'Unione. Gli operatori già attivi sul mercato e i nuovi operatori dovrebbero beneficiare di pari condizioni operative, in modo da rendere possibile una più ampia diffusione sul mercato dei nuovi mezzi di pagamento e garantire un elevato livello di protezione dei consumatori che si avvalgono di tali servizi di pagamento in tutta l'Unione. Ciò dovrebbe generare efficienze nel sistema dei pagamenti nel suo complesso e tradursi in una maggiore scelta e una maggiore trasparenza dei servizi di pagamento, rafforzando nel contempo la fiducia dei consumatori in un mercato dei pagamenti armonizzato».

[108] Tra gli altri, il considerando n. 2 del GDPR ricorda specificamente come i «principi e le norme a tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale ("dati personali") dovrebbero rispettarne i diritti e le libertà fondamentali, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, a prescindere dalla loro nazionalità o dalla loro residenza. Il presente regolamento è inteso a contribuire alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e di un'unione economica, al progresso economico e sociale, al rafforzamento e alla convergenza delle economie nel mercato interno e al benessere delle persone fisiche». Sulla rilevanza del principio di libertà di circolazione delle informazioni rispetto alla protezione dei dati personali v. R. Motroni, *Dati personali, rapporti economici e mercati finanziari*, Bari, 2017, 39 ss.

[109] Il trattamento delle informazioni che riguardano soggetti di diritto diversi dalla persona fisica è attualmente privo di una specifica normativa. Invero, nel 2011 «il legislatore, con l'art. 40 d.l. 6 dicembre 2011, n. 2011 (conv. in l. n. 214/2011), nel quadro d'interventi volti alla "riduzione degli adempimenti amministrativi" a carico delle imprese, è tornato drasticamente sulla materia della privacy, radicalizzando le modifiche introdotte con il d. l. 13 maggio 2011, n. 70 (conv. in l. n. 106/2011). Proseguendo nella "riduzione degli oneri in materia di privacy", il comma 2º del citato art. 40 ha decurtato le definizioni di "dato personale" e di "interessato", stabilite nel codice privacy (art. 3, comma 1º, lett. b e lett. i), da esse eliminando ogni riferimento agli enti collettivi e così riferendole dette nozioni esclusivamente alle persone fisiche: con questi due piccoli tagli ha sottratto il trattamento dei dati relativi agli enti collettivi dall'ambito di applicazione delle tutele previste in favore degli interessati dal codice privacy e, per conseguenza, di quelle contenute nel codice deontologico sui SIC» (così: G. Mucciarone, *Centrali dei rischi ed esclusione degli enti collettivi dalle tutela del Codice della* privacy, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 382).

to, ovvero andrebbe ricercato nel generale principio di buona fede[110]. Con conseguente probabile inadeguatezza delle tutele normative poste a presidio di tali informazioni e amplificazione della possibilità di frodi su larga scala.

È appena il caso di rilevare che «dati sensibili relativi ai pagamenti», ove riferiti a una persona fisica sono, comunque, da considerarsi, ai sensi del GDPR e della precedente normativa sopra richiamata, dei «dati personali comuni» non «sensibili», in quanto si tratta pur sempre di informazioni riferite ad un «interessato»[111]. Essi sarebbero, dunque, destinatari di tutte le tutele previste dal GDPR per i dati comuni che paiono sufficienti a fornire un'adeguata tutela anche rispetto ai trattamenti non autorizzati che possono condurre alle frodi.

La previsione della PSD2 di una nuova categoria di dati si spiega proprio con la necessità di dotare di una specifica disciplina di protezione i «dati non personali» che possono essere indebitamente utilizzati nei sistemi di pagamento al fine di commettere frodi, come tipicamente sono le credenziali di autenticazione per l'accesso ai conti di pagamento di società o enti.

In quest'ottica può essere letto anche il contenuto dell'art. 94 cpv. della PSD2 secondo il quale i «prestatori di servizi di pagamento hanno accesso, trattano e conservano i dati personali necessari alla prestazione dei rispettivi servizi di pagamento, solo dietro consenso esplicito dell'utente dei servizi di pagamento». In sostanza, la norma in parola tenderebbe ad escludere che, nello specifico settore dei pagamenti regolato dalla PSD2, i dati possano essere trattati in base a criteri previsti dal GDPR che prescindono dal consenso espresso dell'interessato, come tipicamente accade quando il trattamento è necessario «all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte […]»[112] o «per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi […]»[113]. In tal modo ed in ossequio all'uniformità di trattamento, si evitano eccezioni anche solo parziali al principio sancito dall'art. 64 della PSD2, per il quale un'operazione di pagamento può essere considerata autorizzata *solo* se il pagatore ha prestato il suo consenso ad eseguirla.

Le misure di sicurezza di cui agli artt. 32 ss. del GDPR impongono, inoltre, l'adozione di un elevato *standard* di protezione fisica e logica dei «dati personali» trattati nei sistemi informatici. Esse rendono – in linea generale – i sistemi

[110] Per la funzione integrativa delle regole del rapporto contrattuale attribuito alla buona fede anche come strumento di salvaguardia dell'interesse della controparte v. G.M. Uda, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 90 ss.

[111] La definizione di «dato personale» prevista dall'art. 4, n. 1, del GDPR, coincide con «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

[112] GDPR, art. 6, par. 1, lett. b).

[113] GDPR, art. 6, par. 1, lett. f).

informatici idonei a proteggere anche le altre informazioni in essi circolanti, senza che siano necessarie ulteriori spese di modifica o aggiornamento del sistema. Ove l'uso di talune misure di *cybersecurity*[114] sia esteso ad alcune informazioni relative a soggetti diversi dalla persona fisica, non dovrebbe comportare un aumento di costi per l'aggiornamento del sistema informatico, ma rimarrebbe facoltativo a meno che – come nel caso della PSD2 – non sia reso obbligatorio per legge.

Si può, dunque, affermare che la PSD2 ha inteso allargare ed uniformare talune tutele riservate alle (sole) persone fisiche quali la disciplina dei consumatori e del trattamento dei dati personali alla ben più ampia categoria dell'«utente di servizi di pagamento»[115], rendendola derogabile – come si è detto – solo in minima parte. Un simile ampliamento della tutela va ricondotto ad una generale tendenza delle normative in ambito bancario e finanziario che non usa più fare riferimento alle riduttive categorie del «consumatore» o dell'«interessato», ma regolano la più ampia categoria del «cliente» o persino dell'«utente», che non assurge a categoria generale di riferimento[116], ma viene declinata sulla base delle esigenze dettate dallo specifico settore di mercato di appartenenza del prodotto o del servizio commercializzato.

Con particolare riguardo al settore dei pagamenti si è riproposta, infatti, l'esigenza di disporre di un quadro normativo chiaro ed uniforme che possa adeguatamente regolare in modo esaustivo la diffusione dei nuovi sistemi di pagamento dovuti all'uso delle più recenti tecnologie telematiche. Inoltre, l'ingresso di nuove categorie di operatori nel mercato dei servizi di pagamento può svolgersi secondo meccanismi concorrenziali solo ove sia accompagnato da un elevato livello di protezione di tutti i soggetti che immettono flussi finanziari nel sistema oggi disciplinato dalla PSD2.

6. *Alcune considerazioni conclusive*

Il «SEPA» racchiude in sé un sistema concorrenziale e, nel contempo, un rapporto di cooperazione tra le imprese che vi operano, in ragione della condivisione

[114] Il problema della sicurezza informatica è stato affrontato con la «Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi». Tale direttiva è stata attuata nel nostro ordinamento con il D.lgs 18 maggio 2018, n. 65. La rilevanza e l'impatto generale della disciplina europea della *cybersecurity* nel *Fintech* è descritto da M. Bassini, *Cybersecurity*, in M.T. Paracampo (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., 239 ss. Si ricordi che l'art. 1 precisa che la direttiva in parola «stabilisce misure volte a conseguire un livello comune elevato di sicurezza della rete e dei sistemi informativi nell'Unione così da migliorare il funzionamento del mercato interno». Pertanto, l'obiettivo della tutela del mercato perseguito con l'imposizione di un livello minimo di sicurezza informatica è dichiaratamente preminente nella PSD2.

[115] Si intende per «utente di servizi di pagamento» la «persona fisica o giuridica che si avvale di un servizio di pagamento in qualità di pagatore, di beneficiario o di entrambi».

[116] In senso contrario vedi V. Roppo, op. cit., 32 ss.

delle reti e delle infrastrutture sulle quali ciascun imprenditore deve poter operare liberamente. Il sistema assume, quindi, connotati di complessità, sia per il numero e le caratteristiche peculiari dei soggetti coinvolti (pagatore, beneficiario e intermediari), sia per le diverse tipologie di strumenti e tecnologie in esso impiegate.

Una standardizzazione dei profili tecnici dei sistemi di pagamento utilizzati nelle reti condivise diviene un presupposto imprescindibile per il funzionamento e lo sviluppo del numero delle transazioni commerciali. Tale scopo si persegue anche e, per certi versi, soprattutto, attraverso una regolamentazione del fenomeno che consenta ai diversi soggetti coinvolti nelle operazioni di pagamento un margine di discrezionalità ridotto con riferimento alle tecnologie impiegabili e ai servizi erogabili.

L'esistenza di una normativa uniforme consente, pertanto, ai prestatori di servizi di pagamento l'auspicata standardizzazione dei rapporti con la clientela anche al costo di comprimere l'autonomia privata nella fase di determinazione del contenuto contrattuale. Nel contempo, il trattamento omogeneo e predeterminato della contrattualistica di settore e gli standard minimi di sicurezza tendono ad elevare il grado di fiducia dei clienti e degli utenti nei servizi di pagamento, con conseguente incremento della capacità penetrativa del mercato da parte delle imprese specializzate ed esponenziale sviluppo degli scambi commerciali, mantenendo un elevato livello di protezione degli utenti.

Tuttavia, perché ciò avvenga in modo virtuoso, la fiducia nel sicuro e corretto funzionamento dei sistemi di pagamento deve riguardare una platea generalizzata dei possibili utenti (e non già obsolete categorie generaliste di essi) individuata sulla base della specifica tipologia di servizio negoziato in concreto. In caso contrario, l'atteggiamento diffidente di ampie aree del mercato trascurate dalla normativa c.d. di protezione potrebbe contagiare anche i soggetti maggiormente tutelati, così da ritardare o rallentare la diffusione dei nuovi sistemi di pagamento.

Il recepimento di tale prospettiva ermeneutica non può non avere dirette e rilevanti ripercussioni sull'applicazione delle singole norme, che non andranno lette come immediato strumento di tutela della persona, ma come orientate a presidio dell'efficienza del mercato[117].

[117] Già alcune pronunce dell'ABF hanno posto in evidenza la natura mercantilistica delle norme della PSD2 tese principalmente a dare uniformità al sistema dei pagamenti. In questo senso la decisione n. 162/2017 del Collegio di coordinamento ABF, in https://fchub.it/wp-content/uploads/2018/05/2017-162_ABF_Coordinamento.pdf, il quale, con riferimento alla PSD2 ha richiamato il «più generale disegno della direttiva, che è volto a ridurre i tempi e i costi di esecuzione delle operazioni di pagamento (interne e transfrontaliere) e a promuovere l'affermazione di un mercato comunitario dei pagamenti efficiente e concorrenziale. La nuova regolamentazione europea sui servizi di pagamento ha consentito di generare significativi benefici a vantaggio degli utilizzatori: la creazione di un mercato integrato per i pagamenti elettronici in euro, senza distinzione tra pagamenti nazionali e transfrontalieri; la drastica riduzione dei tempi di esecuzione dei bonifici: oggi l'intermediario di pagamento deve assicurare l'accredito del bonifico sul conto del beneficiario entro la fine della giornata operativa successiva a quella di ricezione dell'ordine (art. 69 della direttiva e 20 d.lgs. 11/2010), mentre prima erano

Se è vero che i tempi di contrattazione bancaria e la stipulazione in presenza di contratti consente un'approfondita conoscenza delle caratteristiche soggettive e patrimoniali del cliente[118], diverse considerazioni devono essere fatte con riguardo ai contratti aventi ad oggetto servizi di pagamento, la cui conclusione deve essere – per il loro oggetto – spesso assai più rapida e semplice. In altre parole, non si può pretendere che l'acquisto di una «*pay pall*» presso un tabaccaio possa essere così complesso come l'acquisto di un prodotto finanziario o la stipulazione di un conto corrente bancario.

Vi è da ritenere, infatti, che una corretta predisposizione del contenuto contrattuale basato sulle norme inderogabili della PSD2 nelle imprese che offrono servizi di pagamento condurrà ad una semplificazione delle condizioni generali di contratto contenute nelle due tipologie contrattuali destinate ai diversi *clusters* di clientela. La prima tipologia, a contenuto «legale», destinata a tutti i «clienti di servizi di pagamento» e la seconda, a contenuto «libero», riservata alle imprese medio-grandi, rispetto alle quali sussistano ragioni di convenienza per discostarsi dal contratto standard predetto.

In tal modo saranno eliminati, in radice, le difficoltà applicative di talune norme foriere di diffusi contenziosi con i clienti «deboli» o presunti tali. Ad esempio si potranno così anche superare le difficoltà concrete di stabilire quando un sistema di pagamento viene utilizzato o meno per finalità tipiche del «professionista» ai fini dell'applicazione dello *status* di «consumatore» della persona fisica nei servizi di pagamento[119]. Ovvero se lo *status* di «microimpresa» esistente al momento della stipulazione del «contratto quadro»[120] successivamente venuto meno per ragioni dimensionali, in assenza di revisione del contenuto del contratto, influisca sulla validità del consenso espresso ai singoli ordini di pagamento successivamente impartiti.

Si potrebbe, infine, anche ipotizzare la possibilità di stipulare contratti che deroghino *in melius* alle norme anzidette della PSD2, atteso che ciò parrebbe astrattamente possibile sulla base dei principi generali che l'ordinamento giu-

---

normalmente necessari almeno tre giorni; la riduzione dei costi di bonifico, particolarmente nel caso di bonifici transfrontalieri nell'area SEPA. Per raggiungere tali risultati, il diritto europeo ha effettuato una esplicita scelta nel senso di uniformare le prassi in uno nell'industria dei servizi di pagamento sulle procedure di trasferimento fondi previste dallo schema SEPA, basate sul principio che il conto di destinazione del bonifico si individua tramite il solo IBAN: tanto al fine di consentire il trattamento completamente automatizzato dell'ordine di bonifico (*straight-through processing*) secondo gli *standards* elaborati dal consorzio interbancario SWIFT (cfr. il *Rulebook* dello schema di bonifico SEPA, documento *Sepa ABI Bluebook* n. 123».

[118] In questo senso G. De Cristofaro, op. cit., 8 ss.

[119] La qualificazione del contraente come «consumatore» e la distinzione dal «professionista» rimane comunque rilevante ai fini dell'applicazione del Codice del consumo.

[120] L'art. 4, par.1, n. 21 della PSD2, definisce il «contratto quadro» come «un contratto di servizi di pagamento che disciplina la futura esecuzione delle operazioni di pagamento individuali e successive e che può comportare l'obbligo di aprire un conto di pagamento e le relative condizioni».

ridico europeo pone a presidio del più volte menzionato soggetto «debole» del mercato. Tuttavia, la norma non facoltizza espressamente il prestatore di servizi di pagamento a compiere tali modifiche migliorative ed è facile prevedere che gli operatori del settore si attesteranno (senza discostarsene in modo significativo) sul dettato normativo, al fine di evitare contenziosi dall'esito incerto, là dove l'onere della prova sul «*melius*» della clausola contrattuale graverebbe interamente sul predisponente.

Da ultimo occorre chiedersi, se nell'ambito di un «contratto quadro» derogativo dei titoli III e IV della PSD2 inizialmente stipulato con una «grande o media impresa», il sopraggiunto *status* di «microimpresa» per mutati caratteri dimensionali dell'azienda, esistente al momento dell'espressione del consenso con riferimento ai singoli ordini di pagamento, possa condurre all'applicazione della normativa di protezione del soggetto debole. In linea di prima approssimazione può ritenersi che applicando la lettura mercantilistica della normativa in questione debba prevalere la certezza dei traffici giuridici rispetto ad una sopravvenuta (presunta) «debolezza dimensionale» della controparte contrattuale e, pertanto, debba permanere la validità della *lex contractus*.

La PSD2 tra soggetti e oggetto della tutela

Il saggio analizza le nuove norme di protezione dell'«utente di servizi di pagamento» introdotte dalla seconda *Payment Services Directive* (PSD2) e propone una ricostruzione delle diverse categorie di soggetti a cui esse sono applicabili, tra le quali assumono uno specifico rilievo il «consumatore», la «microimpresa» e l'«interessato». In particolare, viene posto in evidenza come i nuovi contenuti contrattuali e la «*strong customer authentication»,* resi obbligatori dalla PSD2, contribuiscano a formare un sistema dei pagamenti più sicuro, al fine di ampliare la fiducia degli utenti nella certezza nei traffici giuridici on-line e il volume degli scambi nel mercato unico. La finalità di tali novità normative va, quindi, correttamente colta nella creazione di un regime realmente concorrenziale tra le imprese del settore che garantisca la stabilità e l'efficienza dei mercati.

PSD2: the subject and object of protection

This paper focuses on new rules introduced by the second Payment Services Directive (PSD2) to protect the "payment service user." These new rules are applicable to several subjects, in particular: "consumer," "micro-enterprise" and "data subject." This article highlights how the new rules recently introduced and especially the "strong customer authentication," mandatory under the PSD2, can indeed create a safer payment system. This fact may increase the trust of users in online legal transactions and also trading on the single market. True competition among companies, with a view to guaranteeing stability and efficiency in the market, gains momentum thanks to these paramount rules laid out in the PSD2.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 443-461

Articoli e saggi

Athletic Club / Commissione e *Barcelona Fútbol Club* / Commissione: selettività territoriale, vantaggio e onere della prova a carico della Commissione europea nel contesto dei rapporti tra aiuti di Stato e sport

Alessandro Rosanò

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I casi spagnoli e la decisione della Commissione europea. – 3. La sentenza *Athletic Bilbao*. – 4. La sentenza *Barcelona*. – 5. Rilievi critici in tema di selettività territoriale e vantaggio. – 6. Rilievi critici in tema di onere della prova a carico della Commissione europea. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nelle conclusioni presentate nella causa *Bosman*, l'Avvocato Generale (AG) Lenz ebbe modo di sottolineare che nello sport coesistono due dimensioni, una relativa alle competizioni, l'altra inerente agli interessi economici sottesi a quelle, la quale si ricollega al finanziamento dell'attività sportiva come realizzato attraverso una serie di canali: vendita di biglietti, cessione di diritti radiotelevisivi, pubblicità, contributi dei soci, sovvenzioni da parte di sponsor[1]. Ciò giustificò la valuta-

[1] Conclusioni dell'AG Carl Otto Lenz presentate il 20 settembre 1995 in causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association e a. / Bosman e a.*, punto 227. Per un'introduzione alla sentenza *Bosman* e alla rivoluzione cui essa diede luogo, si vedano A. Tizzano, M. De Vita, *Qualche considerazione sul caso "Bosman"*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1996, 416-435, S. Bastianon, *Da Bosman a Bernard: note sulla libera circolazione dei calciatori nell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, 707-725, M. Ilešič, *The Development of the Law and the Practice in the post-Bosman Era*, in M. Poiares Maduro, L. Azoulai, *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, 477-479 e S. Weatherill, *Bosman Changed Everything: The Rise of EC Sports Law*, in M. Poiares Maduro, L. Azoulai, op. cit., 480-487.

zione dell'AG secondo il quale il settore sportivo non può invocare una sua peculiarità strutturale per sottrarsi al rispetto delle regole della concorrenza[2].

Da parte sua, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha avuto più volte la possibilità di ribadire che l'attività sportiva è disciplinata dal diritto dell'Unione solo in quanto sia configurabile come attività economica[3] e che le società che esercitano economicamente il gioco del calcio sono qualificabili come imprese[4].

Tale affermazione legittima allora l'applicazione anche a questo settore della disciplina di diritto dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato. Sul punto, va detto che, per quanto non siano stati adottati degli orientamenti relativi al rapporto tra aiuti di Stato e ambito sportivo[5], comunque la materia non risulta negletta, come confermato da quanto previsto sul punto dal regolamento generale di esenzione[6]. Infatti, l'art. 1, para. 1, lett. h) di tale regolamento individua tra

---

[2] A conferma di questo, si rinvia alla decisione 92/521/CEE della Commissione del 27 ottobre 1992 relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/33.384 e 33.378 - Distribuzione di pacchetti turistici in occasione della Coppa del mondo di calcio 1990), in GU L 326/1992, 31, punto 44, ove, in relazione ai Mondiali tenutisi in Italia due anni prima, si riconosceva che «questa manifestazione sportiva comporta, comunque, anche attività di natura economica, in particolare per quel che riguarda: la vendita di 2 700 000 biglietti d'ingresso alle partite, di cui oltre il 20% nel quadro di pacchetti turistici comprendenti servizi alberghieri, servizi di trasporto e visite turistiche; la conclusione di contratti per la pubblicità sui tabelloni situati negli stadi; lo sfruttamento commerciale degli emblemi della FIFA, della Coppa del mondo, del Trofeo del «*Fair-Play*» della FIFA e della mascotte della Coppa del mondo; lo sfruttamento commerciale da parte dell›organizzatore locale di un emblema specifico per la Coppa del mondo 1990; la conclusione di contratti di trasmissione con le società televisive».

[3] Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave*, punto 4, sentenza del 14 luglio 1976, causa 3/76, *Donà*, punto 12, sentenza del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association e a. / Bosman e a.*, punto 73 sentenza del 18 luglio 2006, causa C-519/04 P, *Meca-Medina e Majcen / Commissione*, punto 22 e sentenza del 16 marzo 2010, causa C-325/08, *Olympique Lyonnais*, punto 27. Sul tema si vedano, in generale, E. Adobati, *Alla normativa sportiva si applicano gli artt. 81-82 sulla concorrenza*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, 540-542 e S. Weatherill, *Anti-doping revisited - the demise of the rule of "purely sporting interest"?*, in *European Competition Law Review*, 2006, 645-657.

[4] Si veda in tal senso Tribunale, sentenza del 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Piau / Commissione*, punti 69-70, ove si afferma che «è pacifico che la FIFA ha come membri associazioni nazionali costituite da società che esercitano economicamente il gioco del calcio. Ne consegue che tali società sono imprese nel senso dell'art. 81 CE e che le federazioni nazionali che le raggruppano sono associazioni di imprese nel senso della medesima disposizione. Il fatto che le federazioni nazionali raggruppino, oltre a società di professionisti, anche società di dilettanti non infirma tale conclusione. Al riguardo, occorre rilevare che la circostanza che un'associazione o una federazione sportiva qualifichi unilateralmente come «dilettanti» atleti o società non è di per sé tale da escludere che questi ultimi esercitino attività economiche ai sensi dell'art. 2 CE». Sul punto, si può leggere D. Waelbroeck, P. Ibáñez Colomo, *Case C-171/05 P, Laurent Piau, Order of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 February 2006*, in *Common Market Law Review*, 2006, 1743-1756.

[5] Al riguardo, si consideri il fatto che già nel 2012 il Parlamento europeo aveva sollecitato la Commissione a definire «orientamenti nel settore degli aiuti di Stato, precisando quale tipo di sostegno pubblico sia legittimo per l'adempimento della missione sociale, culturale ed educativa dello sport» (risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012 sulla dimensione europea dello sport).

[6] Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, OJ L

le categorie di aiuto compatibili gli aiuti per le infrastrutture sportive e le infrastrutture ricreative multifunzionali. Ai sensi dell'art. 4, sono ammessi gli aiuti agli investimenti per le infrastrutture che non superino i quindici milioni di euro o i cui costi totali non siano superiori ai cinquanta milioni di euro per progetto, nonché gli aiuti al funzionamento per le infrastrutture il cui ammontare si mantenga entro la soglia dei due milioni di euro per infrastruttura e per anno. L'art. 55 fissa ulteriori requisiti, chiarendo in particolar modo che: *a*) l'uso dell'infrastruttura non deve essere limitato a un singolo professionista; *b*) il tempo di utilizzo da parte di altri sportivi, professionisti e non, deve rappresentare annualmente almeno il 20% del tempo complessivo; *c*) l'accesso alle infrastrutture deve essere aperto a più utenti e concesso in modo trasparente e non discriminatorio; *d*) gli aiuti possono assumere la forma di aiuti agli investimenti, compresi gli aiuti per la creazione o l'ammodernamento delle infrastrutture sportive e delle infrastrutture ricreative multifunzionali, o aiuti al funzionamento per le infrastrutture sportive[7].

Nel corso del tempo, si è assistito a un progressivo aumento del numero delle decisioni adottate da parte della Commissione europea quanto alla compatibilità con il diritto sovranazionale di misure disposte da parte degli Stati membri relative al settore sportivo[8] e – *ça va sans dire*, anche se in misura più limitata – a un aumento del numero delle impugnazioni proposte dinanzi al Tribunale[9] e alla Corte di giustizia dell'Unione europea[10].

In particolar modo, negli ultimi sei anni, a seguito di una sollecitazione formulata da parte del Mediatore europeo[11], l'attenzione dell'esecutivo europeo si è concentrata sul mondo del calcio e, più precisamente, su di una serie di provvedimenti adottati nei Paesi Bassi e in Spagna in favore di club della prima e della

187/2014, 1.

[7] Sul tema degli aiuti in favore delle infrastrutture sportive, M. Gerlinger, *Stadiums for FIFA World Cup Germany 2016 and European law on State aid: a case of infrastructures measures?*, in *International Sports Law Journal*, 2003, 9-12 e R. Craven, *State aid and sports stadiums: EU sports policy or deference to professional football*, in *European Competition Law Review*, 2014, 453-460.

[8] *Ex multis*, si possono considerare alcune delle più recenti decisioni, assunte dalla Commissione nelle procedure SA.33575 *Support from central government to non-profit sport facilities* (Repubblica Ceca), SA.33584 *Netherlands aid to certain professional Dutch football clubs in 2008-11* (Paesi Bassi), SA.34237 *Supporting the Hungarian sport sector via tax benefit scheme-Training aid granted to professional sport clubs of the five most spectacular branches of sport* (Ungheria), SA.40486 *Infrastrukturbeihilfe für Sportinfrastruktur bzw. jährliche Betriebskostenbeihilfe für Hallenbad* (Germania), SA.43575 *Aid for the construction of cultural and sport center 'Daugavas stadions'* (Lettonia).

[9] Tribunale, sentenza del 3 marzo 2015, causa T-251/13, *Geemente Nijmegen / Commissione*, sentenza del 12 maggio 2016, causa T-693/14, *Hamr - Sport / Commissione* e ordinanza del 7 settembre 2016, causa T-370/13, *Geemente Nijmegen / Commissione*.

[10] Si vedano Corte di giustizia, sentenza del 18 luglio 2013, causa C-201/11 P, *UEFA / Commissione*, sentenza del 18 luglio 2013, causa C-204/11 P, *FIFA / Commissione* e sentenza del 18 luglio 2013, causa C-205/11 P, *FIFA / Commissione*.

[11] Mediatore europeo, *State Aid and European football clubs? Summary of recommendation by the European Ombudsman following a complaint against the EU Commission*, 16 dicembre 2013, in *www.ombudsman.europa.eu*.

seconda divisione nazionale. Quanto ai casi olandesi, i procedimenti si sono conclusi con le decisioni della Commissione che hanno escluso la sussistenza di aiuti in relazione a misure consistenti in una sovvenzione e una locazione inizialmente ritenuta a canone agevolato[12], in un contratto di *sale and lease back* in relazione al quale il prezzo del bene acquistato e il canone di locazione non sembravano *prima facie* rispondenti ai valori di mercato[13], in una sovvenzione e nella conversione di un credito in titoli azionari del club Den Bosch[14] e in un'operazione immobiliare consistente nel trasferimento del diritto di superficie di cui risultava titolare il club NEC verso il pagamento di una somma di denaro da parte del comune di Nijmegen[15].

Con riferimento invece ai casi spagnoli, la posizione assunta da parte della Commissione europea è stata differente. Scopo del presente scritto, allora, è rendere conto della decisione presa da parte della Commissione in uno di tali casi, alla luce del peculiare contesto definito dalla normativa nazionale (paragrafo 2), per poi illustrare le sentenze del Tribunale dell'Unione europea sul punto (paragrafi 3 e 4). Successivamente, si considera la rilevanza che avrebbe potuto essere data a certi profili di autonomia, non valorizzati da parte del Tribunale, ai fini della soluzione della causa (paragrafo 5). Inoltre, vengono svolte delle valutazioni in materia di onere della prova nei settori della concorrenza e degli aiuti di Stato (paragrafo 6) Seguono, infine, le conclusioni (paragrafo 7).

2. *I casi spagnoli e la decisione della Commissione europea*

Nel dicembre 2013, la Commissione europea comunicò di aver avviato tre investigazioni dirette a verificare se alcuni interventi pubblici in favore di certe squadre di calcio spagnole fossero qualificabili quali aiuti di Stato. Propriamente, l'attenzione della Commissione si concentrò su un possibile privilegio fiscale riconosciuto al Real Madrid, al Barcellona, all'*Athletic Club* di Bilbao e all'Osasuna, su un'operazione immobiliare che aveva visto ulteriormente coinvolto il Real Madrid e su delle garanzie concesse da un ente privato controllato dallo Stato in relazione a prestiti connessi al finanziamento del Valencia, dell'Hercules e dell'Elche[16].

---

[12] SA.40168 *State aid for the professional football club Willem II in Tilburg*.

[13] SA.41613 *Aid to Dutch Football Club PSV*.

[14] SA.41614 *Aid to Dutch Football Club Den Bosch*.

[15] SA.41617 *Aid to Dutch Football Club NEC*.

[16] Commissione europea, *State aid: Commission opens in-depth investigation into public funding of certain Spanish professional clubs*, 18 dicembre 2013, in *www.europa.eu*. Al riguardo, O. Van Maren, *EU State Aid Law and Professional Football: A Threat or a Blessing?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2016, 31-46 e B. García,

In tutti e tre i casi, la Commissione riconobbe la sussistenza di una forma di intervento pubblico incompatibile con la disciplina di diritto dell'Unione europea[17], dando luogo ad una serie di impugnazioni proposte da parte dei club destinatari dei benefici[18].

Nel primo dei casi ora ricordati, l'indagine della Commissione europea ebbe ad oggetto la legge 10/1990, comunemente nota come *ley del deporte*[19], con la quale tutti i club calcistici professionistici spagnoli erano stati obbligati ad assumere la forma di società sportive per azioni, al fine di favorirne una migliore gestione sul piano amministrativo e, soprattutto, finanziario. Tuttavia, la legge in parola prevedeva un'eccezione in favore dei club i cui bilanci fossero stati chiusi in attivo nel quinquennio antecedente all'approvazione del provvedimento, permettendo a questi di scegliere se mantenere la forma di società sportiva professionistica o mutarla in quella di società sportiva per azioni. Questo, in ragione del fatto che tali realtà avevano già dato prova di aver sviluppato e acquisito una buona pratica manageriale, tale da non giustificare il cambiamento previsto dalla nuova normativa.

Sulla base di tali requisiti, soltanto quattro squadre spagnole avrebbero potuto beneficiare dell'eccezione – i già ricordati Real Madrid, Barcellona, *Athletic Club* di Bilbao e Osasuna – e la mancata conversione in società sportiva per azioni avrebbe avuto delle conseguenze sul piano fiscale, in quanto i club che non avessero optato per tale forma giuridica sarebbero stati trattati quali enti *no-profit*, potendo così ottenere un'esenzione parziale quanto all'imposta sulle società[20].

A. Vermeersch, S. Weatherhill, *A new horizon in European sports law: the application of the EU state aid rules meets the specific nature of sport*, in *European Competition Journal*, 2017, 28-61.

[17] Quanto al primo caso (SA.29769 *Aid to certain Spanish football clubs*), si veda subito *infra*. Quanto agli altri due, si rinvia a decisione (UE) 2016/2393 della Commissione del 4 luglio 2016 relativa all'aiuto di Stato SA.33754 (2013/C) (ex 2013/NN) al quale la Spagna ha dato esecuzione a favore del Real Madrid CF, in GU L 358/2016, 3 e a decisione (UE) 2017/365 della Commissione del 4 luglio 2016 relativa all'aiuto di Stato SA.36387 (2013/C) (ex 2013/NN) (*ex* 2013/CP) al quale la Spagna ha dato esecuzione a favore del Valencia Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva, dell'Hércules Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva e dell'Elche Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva, in GU L 55/2017, 12.

[18] Per quel che riguarda il primo caso, si veda subito *infra*. In relazione al secondo caso, si consideri Tribunale, sentenza del 22 maggio 2019, causa T-791/16, *Real Madrid Club de Fútbol* / *Commissione*, al momento pendente dinanzi al Tribunale dell'Unione europea. Con riferimento al terzo, il rinvio è al ricorso proposto il 20 ottobre 2016 - *Valencia Club de Fútbol* / *Commissione* (causa T-732/16), al ricorso proposto il 21 dicembre 2016 - *Elche Club de Fútbol* / *Commissione* (causa T-901/16), a Tribunale, sentenza del 20 marzo 2019, causa T-766/16, *Hércules Club de Fútbol* / *Commissione* e sentenza del 12 febbraio 2019, causa T-134/17, *Hércules Club de Fútbol* / *Commissione*.

[19] *Ley* 10/1990, *de 15 de octubre*, *del Deporte*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale spagnola n. 249 del 17 ottobre 1990.

[20] L'aliquota di tale imposta è fissata al 25% per gli enti *no-profit* mentre per le società è passata, attraverso una serie di riforme, dal 35% al 28% tra il 2005 e il 2015.

Con la decisione 2016/2391[21], la Commissione europea ha riconosciuto l'incompatibilità di tale disciplina con le regole del diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato. Più precisamente, la Commissione ha rilevato che l'aliquota fiscale più bassa consente ai quattro club di beneficiare di un regime di aiuti derivante da una rinuncia dello Stato a possibili entrate fiscali e che la misura è certamente imputabile allo Stato, perché derivante dall'applicazione di una legge statale. Inoltre, la Commissione ha ritenuto dimostrato il carattere di selettività, in ragione del numero limitato di beneficiari, inidoneo a essere giustificato in base alla natura e alla logica del regime fiscale esistente. Infine, la Commissione ha sottolineato l'incidenza della misura disposta dalla *ley del deporte* sugli scambi comunitari e sulla concorrenza. Secondo la Commissione, una normativa fiscale di favore quale quella in discussione ha avuto e continua ad avere come effetto quello di permettere ai club in parola di avere a disposizione fondi maggiori, attraverso i quali attrarre e trattenere giocatori più forti, favorendo così il conseguimento di risultati sportivi importanti. Ciò avrebbe reso le squadre considerate molto più appetibili di altre sui mercati del *merchandising* e dei diritti televisivi. Pertanto, è stato ordinato alla Spagna di recuperare l'aiuto.

Tale decisione ha dato luogo a quattro cause portate dinanzi al Tribunale dell'Unione europea. Due di queste, promosse da squadre di basket parimenti beneficiarie del particolare regime di imposta definito dalla *ley del deporte*, si sono concluse con ordinanze di manifesta irricevibilità, dovute alla sopravvenuta mancanza di interesse all'azione delle ricorrenti[22]. Le altre hanno condotto a due sentenze.

[21] Si tratta della decisione (UE) 2016/2391 della Commissione del 4 luglio 2016 sugli aiuti di Stato SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN) concessi dalla Spagna ad alcuni club calcistici, in GU L 357/2016, 1.

[22] La contestazione di tali club ha riguardato un particolare aspetto della *ley del deporte*, relativo al divieto per le società sportive che non avessero mutato di forma giuridica di prendere parte a competizioni ufficiali di carattere professionistico in più di una disciplina. La conseguenza derivante da tale divieto è l'impossibilità di formare un bilancio consolidato relativo alle differenti discipline. Tuttavia, i quattro club sopra ricordati non si erano conformati a tale divieto, formando squadre di basket oltre che di calcio. Pertanto, i loro bilanci si caratterizzavano per il fatto di compensare le perdite derivanti dal primo con i ricavi derivanti dal secondo, permettendo ai team di pallacanestro di funzionare sulla base di introiti derivanti dal mondo del pallone. La conseguenza di ciò è che i team di pallacanestro facenti parte dei club in parola risultano favoriti sul piano finanziario rispetto alle squadre che, attenendosi al divieto, sono iscritte solamente alle competizioni di basket. A seguito dell'impegno assunto da parte della Commissione di prendere in considerazione tale circostanza in sede di recupero dell'aiuto, l'interesse a proseguire le cause è venuto meno. Sul punto, si vedano Tribunale, ordinanza del 23 gennaio 2018, causa T-845/16, *QG / Commissione*, punti 19-20 e Tribunale, ordinanza del 23 gennaio 2018, causa T-846/16, *QF / Commissione*, punti 19-20.

3. *La sentenza Athletic Club*

Le contestazioni svolte da parte dell'*Athletic Club* di Bilbao rispetto alla decisione 2016/2391 ruotano attorno al concetto di statuto d'autonomia – *in primis*, fiscale – e alla rilevanza che questo può avere ai fini della valutazione della selettività e di conseguenza dell'incidenza sugli scambi comunitari e della distorsione della concorrenza quali elementi costitutivi di un aiuto di Stato.

L'*Athletic Club* ha infatti sede nel *Territorio Histórico de Bizkaia*, una delle tre entità territoriali in cui si articola la Comunità Autonoma del Paese Basco. L'autonomia fiscale di cui gode tale articolazione amministrativa fa sì che spetti a questa determinare l'imposizione cui sono soggette le società. Posto questo e posto il fatto che la *ley del deporte* non contiene alcuna disposizione in materia tributaria, limitandosi a definire il quadro giuridico di riferimento per l'attività sportiva anche per quel che riguarda la forma giuridica dei club, il carattere selettivo della misura avrebbe dovuto essere valutato non con riferimento all'intero territorio nazionale, come fatto dalla Commissione, bensì contenendo l'analisi all'ambito geografico del *Territorio Histórico de Bizkaia*. Secondo quanto asserito dall'*Athletic Club*, in quel territorio non esistono società sportive per azioni, pertanto è da escludersi la sussistenza di un trattamento selettivo rispetto ad enti commerciali, visto che la squadra sarebbe considerata sul piano fiscale come un qualunque altro ente senza scopo di lucro.

Inoltre, l'*Athletic Club* afferma di perseguire una politica di promozione dello sport a livello locale che fa sì che esso ingaggi solamente giocatori cresciuti nel proprio vivaio o comunque formatisi nell'ambito territoriale di riferimento. Di conseguenza, esso non prende parte al mercato dei calciatori, a differenza degli altri club, e dunque non può riconoscersi come sussistente un effetto pregiudizievole sugli scambi e sulla concorrenza.

La posizione espressa da parte della Commissione nella propria decisione e dinanzi al Tribunale è ovviamente diversa. La valutazione non deve riguardare il regime tributario definito in via autonoma da parte degli enti territoriali spagnoli, ma gli effetti che differenti forme societarie possono avere in relazione al trattamento fiscale applicabile. Di conseguenza, l'attenzione deve essere posta non sulle singole legislazioni definite a livello di articolazione amministrativa locale, bensì sulla legge nazionale in materia sportiva e pertanto il carattere di selettività deve essere apprezzato con riferimento all'intero territorio spagnolo[23]. In relazione agli effetti sugli scambi e sulla concorrenza, la Commissione considera che non sia suo compito condurre un'analisi economica inerente alla situazione reale del mercato

[23] Peraltro, nella propria decisione, la Commissione europea rileva come nel *Territorio Histórico de Bizkaia* sembri esistere una società sportiva per azioni, il Basket Bilbao Berri SAD.

considerato, bensì verificare se l'impresa beneficiaria dell'aiuto sia in concorrenza con operatori economici stabiliti in altri Stati membri[24].

Il Tribunale rileva effettivamente che un elemento di complicazione deriva dalla peculiarità dell'ordinamento giuridico spagnolo che accorda uno statuto d'autonomia al *Territorio Histórico de Bizkaia*. Da ciò deriva un regime misto in cui l'aiuto si ricollega tanto alla disposizione di diritto statale relativa alla forma giuridica degli enti operanti nel settore dello sport, quanto a quella che regge a livello locale la materia fiscale. Tuttavia, la possibilità di godere di una tassazione di favore deriva dalla previsione posta a livello statale quanto alla forma giuridica degli enti sportivi; quindi, l'analisi circa il carattere di selettività andava effettivamente condotta considerando il territorio nazionale[25].

Ulteriormente, il Tribunale afferma che oggetto dell'indagine della Commissione non avrebbe dovuto essere la differenziazione tra società commerciali ed enti senza scopo di lucro, come voluto dall'*Athletic Club* al fine di dimostrare la sussistenza di una differente situazione di diritto e di fatto ma, al contrario, la differenziazione introdotta dalla normativa nazionale quanto alla possibilità dei club professionistici di accedere o meno a una certa forma giuridica, come effettivamente fatto da parte dell'esecutivo europeo[26].

Quanto ai profili di incidenza sugli scambi comunitari e distorsione della concorrenza, il Tribunale ritiene che la misura controversa sia idonea ad attribuire ai club beneficiari dei fondi supplementari tali da rafforzare la loro capacità di attrarre e trattenere i giocatori migliori, favorendo in tal modo le loro vittorie nelle competizioni cui prendano parte e l'aumento del volume di introiti. Risultano così dimostrate l'incidenza sugli scambi comunitari e la distorsione della concorrenza[27].

Pertanto, le argomentazioni dell'*Athletic Club* sul punto vengono rigettate, al pari di ulteriori contestazioni relative al difetto di motivazione della decisione e alla natura di aiuto esistente del beneficio considerato.

---

[24] Sul punto, si rimanda a Corte di giustizia, sentenza del 30 aprile 2009, causa C-494/06 P, *Commissione / Italia e Wam*, punto 51, Tribunale, sentenza del 9 settembre 2009, causa T-369/06, *Holland Malt / Commissione*, punto 37 e Tribunale, sentenza del 15 giugno 2010, causa T-177/07, *Mediaset / Commissione*, punto 145. Per una ricostruzione dottrinale, si vedano A. Brancasi, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Diritto Pubblico*, 2010, 195-246, P. Nicolaides, *Distortion of competition in the field of state aid: from unnecessary aid to unnecessary distortion*, in *European Competition Law Review*, 2010, 402-409 e A. Pisapia, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, Padova, 2012, 23-27.

[25] Tribunale, sentenza del 26 febbraio 2019, causa T-679/16, *Athletic Club / Commissione*, punti 51-54.

[26] Ivi, punti 63-65.

[27] Ivi, punti 81-82.

4. *La sentenza Barcelona*

Il primo motivo di ricorso addotto dal Barcelona attiene al fatto che la Commissione europea non avrebbe considerato una possibile contrarietà della *ley del deporte* rispetto all'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in materia di libertà di stabilimento, data l'imposizione di una certa forma giuridica alle società sportive. L'argomento è privo di pregio, secondo il Tribunale: da un lato, la Commissione gode di ampia discrezionalità nel sindacare la compatibilità di un regime di intervento pubblico nell'economia con le esigenze del mercato interno; dall'altro, l'eventuale violazione autonoma della libertà di stabilimento non è rilevabile nell'ambito di un procedimento in materia di aiuti di Stato a meno che l'incompatibilità della misura di aiuto derivi essa stessa dalla violazione dell'art. 49[28].

Il secondo motivo di ricorso riguarda invece l'errore di valutazione in cui la Commissione sarebbe incorsa nel valutare il regime fiscale applicato agli enti senza scopo di lucro e la violazione del principio di buona amministrazione sottesa a ciò. Secondo il Barcelona, la Commissione avrebbe dovuto prendere in considerazione non solamente le aliquote d'imposta applicate alle società per azioni e agli enti senza scopo di lucro, ma anche le deduzioni fiscali previste per le une e per gli altri. In mancanza di ciò, la Commissione non avrebbe effettuato un'analisi completa e imparziale relativa a tutti gli elementi pertinenti. Questo avrebbe permesso di rilevare che, per quanto l'aliquota applicata agli enti *no-profit* fosse inferiore rispetto a quella prevista per le società, quest'ultime potevano beneficiare di una deduzione fiscale al fine del reinvestimento di profitti eccezionali superiore rispetto a quella accordata ai primi[29].

Tutto ciò porta il Tribunale ad affermare che la valutazione della Commissione è incompleta in quanto il vantaggio derivante da un certo regime fiscale deve essere apprezzato alla luce dei differenti componenti del regime in parola, i quali non possono essere dissociati. Se allora la Commissione avesse considerato non solo le differenze tra le aliquote nominali d'imposta, ma anche quelle relative al meccanismo di deduzione, sarebbe giunta a una differente conclusione, tale da escludere la sussistenza di un aiuto di Stato[30].

---

[28] Tribunale, sentenza del 26 febbraio 2019, causa T-865/16, *Fútbol Club Barcelona / Commissione*, punti 29 e 35. Per un'introduzione al tema del rapporto tra aiuti di Stato e libertà fondamentali, M. Staes, *The Combined Application of the Fundamental Freedoms and the EU State aid Rules: In Search of a Way Out of the Maze*, in *Intertax*, 2014, 106-121.

[29] Propriamente, la quota massima dei profitti reinvestiti deducibili era fissata al 12% per le società e al 7% per gli enti *no-profit*.

[30] *Fútbol Club Barcelona / Commissione*, cit., punti 59-60.

Al riguardo, il Tribunale sottolinea che, nell'ambito del procedimento amministrativo che ha condotto alla decisione 2016/2391, la Commissione ha fondato il proprio giudizio su di una serie di elementi, compresa una relazione presentata dalla Spagna, ma non ha tenuto conto delle osservazioni proposte da una delle parti – il Real Madrid – quanto al fatto che il regime degli enti *no-profit* gli fosse risultato molto più sfavorevole di quello generale. Quindi, la Commissione, al momento di statuire sul punto, aveva a disposizione tutti gli elementi necessari a comprendere il differente impatto delle deduzioni fiscali sul regime applicabile alle società e agli enti senza scopo di lucro, potendo così giungere a concludere per l'insussistenza dell'aiuto. In ragione di ciò, la decisione 2016/2391 è annullata da parte del Tribunale[31].

5. *Rilievi critici in tema di selettività territoriale e vantaggio*

Il tema relativo al ruolo che la ripartizione di competenze tra Stato ed enti territoriali può assumere nell'ambito dell'intervento pubblico nell'economia non risulta sconosciuto al diritto dell'Unione europea. Già alla fine degli anni Ottanta la Corte di giustizia arrivò ad affermare che il fatto che un aiuto provenisse da un'entità amministrativa territoriale e non dallo Stato centrale non ostasse all'applicazione della disciplina in materia di aiuti di Stato, dato che l'elemento dirimente doveva essere identificato nella concessione di quello attraverso risorse statali intese in senso lato, ricomprendendovi quindi qualsiasi forma di finanziamento di origine pubblica[32]. Di conseguenza, anche gli aiuti concessi da enti regionali e locali avrebbero dovuto essere valutati alla luce di quanto previsto dalla normativa di fonte sovranazionale, pena altrimenti un'elusione artificiosa dei limiti da quella posti.

Tuttavia, solo in tempi relativamente recenti le Corti dell'Unione hanno iniziato a interrogarsi circa la rilevanza che le peculiari condizioni di autonomia di certe articolazioni territoriali possono assumere ai fini della valutazione del criterio di selettività quale elemento costitutivo di un aiuto di Stato[33]. Propriamente, nella sentenza Portogallo / Commissione, la Corte di giustizia ha rilevato che un'entità infrastatale può essere dotata di uno statuto di fatto e di diritto tale da renderla sufficientemente autonoma rispetto al governo centrale. In tal caso, il contesto da prendere in considerazione per stabilire se una forma di intervento

[31] Ivi, punti 65-66.

[32] Corte di giustizia, sentenza del 14 ottobre 1987, causa 248/84, *Germania / Commissione*, 17.

[33] Sulla nozione di selettività, A. Bartosch, *The concept of selectivity?*, in *Research Handbook on European State Aid Law*, E. Szyszczak, Cheltenham, 2011, 176-192 e P. Nicolaides, I.E. Rusu, *The concept of selectivity: an ever wider scope*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2012, 791-803.

pubblico nell'economia disposta da questa entità favorisca determinate imprese rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga è rappresentato dal territorio nel quale esercita la sua competenza l'entità in questione, e non il territorio nazionale nella sua totalità. A tal fine, è necessario che l'ente considerato goda di uno statuto politico e amministrativo distinto rispetto a quello del governo centrale (autonomia istituzionale), che possa disporre l'intervento senza possibilità per il governo centrale di determinarne il contenuto (autonomia procedurale) e che sopporti le conseguenze finanziarie derivanti dalla propria decisione senza forme di compensazione a carico dello Stato o di altre articolazioni territoriali (autonomia economica e finanziaria)[34].

Sulla base di tali criteri, le Corti di Lussemburgo sono arrivate a escludere che godessero di sufficiente autonomia le Isole Azzorre rispetto al Portogallo, nella causa ora citata, e ad ammettere ciò per il territorio di Gibilterra in relazione al Regno Unito[35], nonché proprio per il *Territorio Histórico de Bizkaia*[36].

Pertanto, l'ente in parola gode delle condizioni di autonomia necessarie a permettere di condurre un'analisi del criterio di selettività che sia limitata all'ambito territoriale di sua competenza ove si tratti di interrogarsi sulla configurabilità quale aiuto di Stato di un provvedimento da questo adottato. Il problema è stabilire se, nel caso concreto, il vantaggio derivi da quanto disposto a livello statale o a livello locale.

Come già ricordato, nella sentenza *Athletic Club* il Tribunale ha affermato che, per quanto la tassazione degli enti senza scopo di lucro sia determinata dal *Territorio Histórico* nell'esercizio della propria autonomia, la possibilità di godere di tale regime fiscale di favore deriva dalla previsione posta a livello statale quanto alla forma giuridica degli enti sportivi; pertanto, la selettività dovrebbe essere apprezzata con riferimento all'intero territorio nazionale, e non solo in relazione a quello del *Territorio*.

---

[34] Corte di giustizia, sentenza del 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo / Commissione*, 58, 67. Per un commento, J.A. Winter, *Case C-88/03, Portuguese Republic v. Commission*, in *Common Market Law Review*, 2008, 183-198 e C. Zatschler, *Review of the Judgment in Case C-88/03, Portugal v. Commission (Azores Tax Regime)*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2006, 779-783.

[35] Tribunale, sentenza del 18 dicembre 2008, cause riunite T-211/04 e T-215/04, *Government of Gibraltar / Commissione*, punti 83-116, sulla quale P. Rossi, A. Maccanico, *Gibraltar and the Unsettled Limits of Selectivity in Fiscal Aids*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, 63-72.

[36] Corte di giustizia, sentenza dell'11 settembre 2008, cause riunite da C-428/06 a C-434/06, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, punti 84-140, sulla quale G. Cozzolino, *La CGCE torna a fare il punto sul rapporto tra divieto di aiuti di Stato e fiscalità di vantaggio a favore delle imprese attuata da enti infrastatali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, 1173-1190. Il ragionamento svolto in *Portogallo / Commissione* è ulteriormente richiamato in Corte di giustizia, sentenza del 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, punti 59-60, sentenza del 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Spagna / Government of Gibraltar e Regno Unito*, punti 183-186 e Tribunale, sentenza del 12 maggio 2011, cause riunite T-267/08 e T-279/08, *Région Nord-Pas-de-Calais / Commissione*, punto 108.

Tuttavia, dalla lettura della sentenza *Barcelona* pare emergere qualche dubbio quanto a tale aspetto: infatti, in questa seconda pronuncia il Tribunale ha riconosciuto che la *ley del deporte* «pur riservando il beneficio della forma giuridica di ente senza scopo di lucro, e quindi del regime fiscale ad essa associato, ai quattro club di calcio rientranti nell'ambito di applicazione dell'eccezione, non contiene alcuna disposizione di natura fiscale e lascia quindi intatto, in particolare, il contenuto del regime fiscale degli enti senza scopo di lucro, disciplinato da testi distinti»[37]. Subito dopo, si aggiunge che «al fine di valutare […] se tale misura sia idonea a conferire un vantaggio, i diversi componenti del regime fiscale degli enti senza scopo di lucro devono essere esaminati nel loro complesso»[38] e che «si deve […] esaminare se la Commissione ha sufficientemente dimostrato sotto il profilo giuridico, nella decisione impugnata, che il regime fiscale degli enti senza scopo di lucro, considerato nel suo complesso, fosse idoneo a porre i suoi beneficiari in una situazione più vantaggiosa» rispetto a quella delle società sportive per azioni[39].

Sembra quindi delinearsi una sorta di contraddizione nelle due pronunce, il che stupisce non poco sia perché sono state rese lo stesso giorno, sia perché il relatore risulta essere lo stesso[40]. Mentre in *Athletic Club*, pur parlando di un regime misto, il Tribunale ha ricondotto il vantaggio alla disposizione della *ley del deporte* relativa alla forma giuridica degli enti sportivi, in *Barcelona* pare assumere una posizione differente, esprimendo l'idea che il beneficio derivi da quanto previsto a livello di *Territorio Histórico* in materia fiscale con riferimento agli enti senza scopo di lucro. Parlando di una disciplina che non contiene alcuna disposizione fiscale e lascia intatto il contenuto del regime applicato agli enti in parola, infatti, il Tribunale attribuirebbe alla *ley del deporte* una natura sostanzialmente neutra rispetto al vantaggio quale elemento costitutivo di un aiuto di Stato, che dovrebbe quindi essere valutato in relazione alle disposizioni adottate a livello infrastatale.

Ne conseguirebbe, allora, l'esigenza di cambiare impostazione quanto al criterio della selettività. Se il provvedimento rilevante fosse quello adottato da un ente locale, si tratterebbe di stabilire se siano rispettati i tre profili di autonomia definiti nella sentenza Portogallo / Commissione. Posto però che, per quanto riguarda il *Territorio Histórico de Bizkaia*, è già stata resa una sentenza nella quale è stato riconosciuto che esso presenta i caratteri in parola, l'analisi quanto al tema della selettività andrebbe certamente svolta limitandola all'ambito territo-

[37] *Barcelona*, cit., punto 52.
[38] Ivi, punto 53.
[39] Ivi, punto 54.
[40] Si tratta del giudice *Heikki Kanninen*.

riale di competenza di tale entità. Da ciò potrebbe derivare un esito differente per l'*Athletic Club*[41].

Eppure, questa strada non sembra validamente percorribile. Di certo, senza il necessario presupposto della *ley del deporte*, il regime fiscale degli enti senza scopo di lucro sarebbe applicabile indifferentemente a qualsiasi compagine sportiva e dunque non verrebbe in rilievo alcuna questione di selettività. Inoltre, vi è da considerare che un'interpretazione che riferisse il beneficio al regime fiscale definito nel *Territorio Histórico de Bizkaia* favorirebbe un effetto elusivo rispetto alla disciplina degli aiuti di Stato. Data infatti la peculiarità del settore sportivo nell'ambito di tale *Territorio*, in cui si registra la contemporanea presenza di un solo ente sportivo qualificabile quale ente senza scopo di lucro e assenza di qualsiasi società sportiva per azioni[42], si verrebbe a determinare una situazione in cui la posizione dell'*Athletic Club* verrebbe tanto rafforzata da impedire la formazione di altre realtà che possano eventualmente entrare in competizione con quello. Il che farebbe peraltro sorgere degli interrogativi quanto al fatto che non si sia legittimata per via legislativa una sorta di abuso di posizione dominante dell'*Athletic Club*.

Pertanto, si impone una lettura teleologicamente orientata, che riferisca il beneficio alla *ley del deporte* e segnatamente alla sua disposizione sulle forme giuridiche degli enti sportivi.

6. *Rilievi critici in tema di onere della prova a carico della Commissione europea*

Il ragionamento del Tribunale nella sentenza *Barcelona* ruota attorno alle indagini della Commissione europea e, in particolar modo, all'esigenza di un approccio olistico che porti non a concentrare l'attenzione su singoli aspetti dell'aiuto preso in considerazione, bensì sull'insieme dell'intervento pubblico posto in essere.

Il tema non risulta nuovo. Guardando al diritto della concorrenza, l'art. 2 del regolamento 1/2003[43] è chiaro nell'affermare che, nei procedimenti relativi a pratiche anticoncorrenziali, l'onere della prova incombe alla parte o all'autorità che asserisce l'infrazione. È vero che, nell'ambito in questione, la giurispruden-

[41] Il condizionale è d'obbligo non solo per la natura del ragionamento che si sta svolgendo, ma anche perché rimane ferma la questione dell'eventuale esistenza di una società sportiva per azioni nel *Territorio Histórico de Bizkaia*, come ricordato alla nota 25.

[42] Fermo quanto si è detto alle note 25 e 41.

[43] Regolamento (CE) 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GU L 1, 4.1.2003, 1 sul quale, in generale, Aa.Vv., *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, a cura di A. Adinolfi, L. Daniele, B. Nascimbene, S. Amadeo, Milano, 2007.

za comunitaria è arrivata progressivamente a riconoscere l'applicabilità di alcune presunzioni, superabili attraverso un'inversione dell'onere della prova. Così, si è ammesso che se le imprese coinvolte in una concertazione limitativa della concorrenza hanno comunicato tra di loro e sono rimaste attive nel mercato, la loro condotta su quel mercato è stata determinata dalle trattative condotte tra di loro[44] e che se un'impresa ha partecipato a un incontro con finalità anticoncorrenziali, essa ha preso parte al cartello[45]. Ulteriormente, è stato affermato che se vi sono prove di condotte anticoncorrenziali sufficientemente prossime nel tempo, la violazione ha carattere continuativo[46] e che se un'impresa controlla interamente un'altra impresa, la prima esercita un'influenza decisiva sulle sue condotte di mercato[47].

Ovviamente, ciò non esime la Commissione dal far fronte ai propri doveri probatori[48]. Non a caso, allora, il capo V del regolamento 1/2003 è dedicato ai poteri di indagine in materia di infrazioni al diritto della concorrenza, riconoscendo all'esecutivo europeo il potere, ad esempio, di richiedere informazioni alle e raccogliere dichiarazioni dalle imprese, di accedere ai locali, terreni e mezzi di trasporto di quest'ultime e di controllarne i documenti.

Lo scopo perseguito attraverso l'attribuzione di tali poteri è, evidentemente, quello di permettere alla Commissione di procedere ad un accertamento che sia il più completo possibile e che risulti pertanto corretto. Infatti, da tempo la giurisprudenza comunitaria ha affermato che la Commissione deve concorrere coi propri mezzi all'accertamento dei fatti e delle circostanze rilevanti, nell'interesse a una buona amministrazione[49], fornendo così la dimostrazione dell'esistenza dell'infrazione e producendo gli elementi probatori idonei a ciò[50]. A tal fine,

---

[44] Corte di giustizia, sentenza dell'8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione / Anic*, punti 126-128, sulla quale si può leggere T.W. Wessely, *Case C-49/92P, Commission v. Anic, [1999] ECR I-4125; Case C-199/92P, Hüls v. Commission, [1999] ECR I-4287; Case C-235/92P, Montecatini v. Commission, [1999] ECR I-4539; judgments of 8 July 1999 (together: Polypropylene appeal cases)*, in *Common Market Law Review*, 739-765.

[45] Corte di giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, cause riunite C- 204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a. / Commissione*, punti 322-323.

[46] Tribunale, sentenza del 7 luglio 1994, causa T-43/92, *Dunlop Slazenger / Commissione*, punti 79-80. Va comunque detto che, nel caso concreto, il Tribunale ha escluso la possibilità di applicare tale presunzione.

[47] *Ex multis*, Corte di giustizia, sentenza del 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel e a. / Commissione*, punti 60-61. Sul tema, J.P. Schmidt, *Akzo Nobel and Others v Commission: When Can Parent Companies be Liable for the Acts of Subsidiaries Even if Action Against the Subsidiary is Time-barred?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, 31-33.

[48] Per un approfondimento di tale tematica, A. Kalintiri, *Evidence Standards in EU Competition Enforcement. The EU Approach*, Oxford, 2019.

[49] Corte di giustizia, sentenza del 13 luglio 1966, cause riunite 56-64 e 58-64, *Consten e Grundig / Commissione*, pagina 524 e Tribunale, sentenza dell'8 luglio 2004, causa T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke / Commissione*, punto 262.

[50] Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1988, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe / Commissione*, punto 58, sulla quale M.C. Baruffi, *Sul diritto di accesso al fascicolo nei procedimenti giurisdizionali comunitari*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 691-704.

gli elementi probatori devono risultare sufficientemente precisi e concordanti per corroborare la convinzione che l'infrazione abbia avuto luogo[51].

Questo, però, non legittima una lettura in chiave selettiva della realtà descritta dai mezzi di prova raccolti. Così, nel caso di un abuso di posizione dominante, la Commissione non può limitarsi ad analizzare l'ampiezza della posizione dell'impresa sul mercato pertinente, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, le condizioni e le modalità di concessione di sconti, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti che siano almeno altrettanto efficaci[52].

Quindi, la Commissione europea è tenuta a svolgere un'analisi relativa alla situazione rilevante considerata non solo in quanto tale, ma anche e necessariamente alla luce del contesto entro cui va a collocarsi. In mancanza di ciò, la decisione da questa assunta è invalida[53].

L'approccio ora illustrato si riscontra anche in materia di aiuti di Stato. Pure in tale ambito si ravvisa il ricorso a presunzioni semplici applicate al fine di provare, ad esempio, la sussistenza del carattere selettivo di una misura[54], senza che questo esima la Commissione europea dallo svolgere un'indagine completa sulla quale poggiare le proprie valutazioni. Propriamente, secondo una giurisprudenza ormai acquisita, gli elementi di prova addotti dalla Commissione non devono essere soltanto materialmente esatti, attendibili e coerenti, ma devono anche costituire l'insieme dei dati rilevanti da prendere in considerazione per valutare una situazione complessa, tali da corroborare le conclusioni che se ne traggono[55].

A ciò si ricollega il dovere della Commissione di assumere la propria decisione sulla base degli elementi di prova di cui poteva disporre quando tale decisione

---

[51] Tribunale, sentenza del 15 dicembre 2010, causa T-141/08, *E.ON Energie / Commissione*, punto 48.

[52] Corte di giustizia, sentenza del 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel / Commissione*, punto 139. Per un'analisi di questa pronuncia, J.S Venit, *The judgment of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?*, in *European Competition Journal*, 2017, 172-198 e P.I. Colomo, *The Future of Article 102 TFEU after Intel*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, 293-303.

[53] Va però notato che le Corti dell'Unione non possono per tale via (o altra) sostituire le proprie valutazioni economiche a quelle della Commissione, visto che il controllo giurisdizionale è ristretto alla verifica del rispetto delle regole procedurali e di motivazione, all'esattezza materiale dei fatti e all'assenza di manifesti errori di valutazione dei fatti e di sviamento di potere (*ex multis*, Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e a. / Commissione e a.*, punto 163).

[54] Si vedano a titolo esemplificativo Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 2004, causa C-501/00, *Spagna / Commissione*, punto 120 e sentenza del 21 dicembre 2016, cause riunite C-20/15 e C-21/15, *Commissione / World Duty Free Group*, punto 76.

[55] Corte di giustizia, sentenza del 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione / Tetra Laval*, punto 39. Vale anche in questo caso il divieto di sostituire alle valutazioni economiche della Commissione quelle degli organi giurisdizionali (così Corte di giustizia, sentenza del 2 settembre 2010, causa C-290/07 P, *Commissione / Scott*, punto 66; al riguardo A. Von Bonin, M. Kadar, *Commission v Scott - How much freedom for the Commission in "Complex Economic Assessment" Cases?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2011, 105-111).

è stata adottata[56] e dunque il dovere di chiedere allo Stato membro interessato di fornire tutte le informazioni pertinenti e di esaminare le informazioni così ottenute – dovere, quest'ultimo, affermato tanto a livello normativo nel regolamento 2015/1589[57], quanto a livello giurisprudenziale[58].

Il rilievo decisivo attribuito dal Tribunale nella sentenza *Barcelona* quanto al fatto che la Commissione avrebbe tenuto conto solo della differenza tra l'aliquota applicata alle società sportive e gli enti *no-profit* e non del complessivo regime fiscale applicato a questi ultimi va quindi valutato nel più ampio contesto degli orientamenti giurisprudenziali ora riassunti e in quello – ancor più generale – della tutela dei diritti fondamentali.

Al riguardo, deve sottolinearsi come l'informazione decisiva ai fini della soluzione del caso sia stata fornita da una parte interessata – il Real Madrid, come sopra ricordato – e come tale informazione non sia stata tenuta in conto da parte della Commissione europea. Ciò stupisce poco, considerato che, nei procedimenti per aiuti di Stato, le parti interessate godono di un numero contenuto di diritti, riassunti all'art. 24 del regolamento 2015/1589: il diritto a presentare denunce per informare la Commissione di una situazione potenzialmente rilevante, il diritto a presentare osservazioni e il diritto a ricevere copia della decisione adottata. Il limitato rilievo attribuito alle parti interessate è confermato anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia[59] e, per quanto sia un derivato del fatto che gli attori dei procedimenti in materia di aiuti di Stato siano la Commissione quale controllore e i soggetti che concedono gli aiuti quali controllati, esso finisce per avere un riflesso negativo sui procedimenti in questione, visto che pregiudica la possibilità di acquisire informazioni che potrebbero rivelarsi decisive.

Un cambiamento di prospettiva potrebbe essere fondato allora su un richiamo alla Carta dei diritti fondamentali e, più precisamente, all'art. 41 quanto al diritto ad una buona amministrazione, riconosciuto quale principio genera-

[56] Corte di giustizia, sentenza del 15 aprile 2008, causa C-390/06, *Nuova Agricast*, punto 54 e sentenza del 20 settembre 2017, causa C-300/16 P, *Commissione / Frucona Košice*, punto 70.

[57] Si consideri l'art. 5 del regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015 recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in GU L 248, 24.9.2015, 9.

[58] Corte di giustizia, sentenza del 5 giugno 2012, causa C-124/10 P, *Commissione / EDF*, punto 104. Con specifico riferimento all'applicazione del criterio del creditore privato, è stato affermato che «deve considerarsi rilevante qualunque informazione idonea a influenzare, in maniera non trascurabile, il processo decisionale di un creditore privato normalmente prudente e diligente, che si trovi in una situazione la più simile possibile a quella del creditore pubblico e che tenti di ottenere il pagamento delle somme dovutegli da un debitore in situazione di difficoltà di pagamento» (così Corte di giustizia, sentenza del 24 gennaio 2013, causa C-73/11 P, *Frucona Košice / Commissione*, punto 78 e sentenza del 21 marzo 2013, causa C-405/11 P, *Commissione / Buczek Automotive*, punto 54).

[59] Corte di giustizia, sentenza del 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, *Commissione / Sytraval*, punto 59.

le di diritto dell'Unione[60]. Colpisce quindi che il Tribunale non abbia reputato opportuno effettuare almeno un richiamo a tale articolo e dare rilievo per tale via a una prospettiva che, per quanto riguarda gli aiuti di Stato, non risulta ancora valorizzata[61].

7. *Conclusioni*

La natura bifronte della materia sportiva è confermata in via indiretta dall'art. 165, par. 1, del TFUE, ove si afferma che l'Unione europea contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport «tenendo conto delle sue specificità». Tali specificità attengono alla coesistenza di due dimensioni, una legata alla promozione della funzione sociale ed educativa dello sport, l'altra relativa agli interessi economici sottesi alle competizioni[62].

L'esistenza di tale seconda dimensione legittima l'applicazione dei limiti derivanti dal diritto della concorrenza e degli aiuti di Stato anche nei confronti delle società sportive, data la loro natura di operatori economici.

Nei casi *Athletic Club* / Commissione e *Barcelona Fútbol Club* / Commissione, originanti da alcune peculiarità del sistema sportivo – e, in particolar modo, calcistico – spagnolo[63], le decisioni assunte da parte del Tribunale dell'Unione

[60] A titolo esemplificativo, nella giurisprudenza del Tribunale, si considerino Tribunale, sentenza del 18 settembre 1995, causa T-167/94, *Nölle / Consiglio e Commissione*, e Tribunale, sentenza del 9 luglio 1999, causa T-231/97, *New Europe Consulting Ltd*.

[61] Quanto al diritto della concorrenza, il tema del rapporto tra tale branca e diritti fondamentali è stato fatto oggetto di più approfondita analisi: si veda, ad esempio, A.E. Beumer, *The interaction between EU competition law procedures and fundamental rights protection: the case of the right to be heard*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2014, 9-34 e J. Jourdan, *Competition Law and Fundamental Rights*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, 666-677.

[62] Sul punto, A. Niemann, B. Garcia, W. Grant, *Introduction: the transformation of European football*, in *The transformation of European football: towards the Europeanisation of the national game*, a cura di A. Niemann, B. Garcia, W. Grant, Manchester, 2011, 1-19 e S. Weatherhill, *EU Sports Law: The Effect of the Lisbon Treaty*, in *EU Law after Lisbon*, A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley, Oxford, 2012, 403-419.

[63] Quanto alla rilevanza che la sentenza *Barcelona* potrebbe avere per le società calcistiche italiane, va detto quanto segue. Alle origini, nel nostro ordinamento, le squadre di calcio assunsero la forma giuridica di enti associativi e, propriamente, di associazioni non riconosciute, alle quali si applicava quanto previsto dagli artt. 36, 37 e 38 del Codice civile. Si trattava, in verità, di un modello organizzativo ideale, dato che i *club* operavano senza perseguire finalità di lucro, senza personalità giuridica e contando esclusivamente sul contributo degli aderenti. La dottrina classificava tali realtà nell'ambito delle associazioni mutualistiche, dato che esse perseguivano il vantaggio dei soli associati e non di terzi (per un'introduzione al tema, *Ordinamento sportivo e calcio professionistico. Tra diritto ed economia*, R. Lombardi, S. Rizzello, F.G. Scoca, M.R. Spasiano, Milano, 2009). I significativi movimenti di denaro connessi alle competizioni nazionali e internazionali e il crescente interesse del pubblico e dei media condussero a un cambiamento a livello normativo, determinato dalla legge 23 marzo 1981, n. 91, recante norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti (al riguardo, P. Verrucoli, *Le società e le associazioni sportive alla luce della legge di riforma, L. 23 marzo 1981 n. 91*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1982, 131-156). All'art. 10 di tale legge si stabiliva che potessero stipulare contratti con atleti

europea non risultano contestabili quanto all'esito cui conducono, ma in relazione a certi profili delle parti motive che avrebbero potuto costituire oggetto di una maggiore riflessione.

In particolar modo, pare necessitare di un approfondimento la questione della tutela dei diritti fondamentali delle parti interessate quale problema a lungo negletto e che però sembra destinato ad assumere un sempre maggior rilievo anche nella giurisprudenza delle Corti dell'Unione[64].

professionisti solo società sportive costituite nella forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata. In seguito, con la legge 18 novembre 1996, n. 586, di conversione, con modificazioni, del decreto legge 20 settembre 1996, n. 485, recante disposizioni urgenti per le società sportive professionistiche, è stato eliminato il divieto di perseguire finalità di lucro, riconoscendo così alle società in parola la possibilità di distribuire utili tra i soci (per una ricostruzione del percorso ora brevemente descritto, M. Carta, *La disciplina normativa delle società di calcio: un quadro di sintesi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2005, 301-312). Di conseguenza, il nostro ordinamento giuridico non introduce delle distinzioni tra società sportive professionistiche in ragione di considerazioni relative ai bilanci pregressi e, per tutte queste, prevede il medesimo regime fiscale, assoggettandole, tra l'altro, all'imposta sul reddito delle società (per un'analisi del tema, *Lo sport e il fisco*, V. Uckmar, Milano, 2016). Dunque, le peculiarità del sistema spagnolo non sono ravvisabili in quello italiano e l'incidenza che su quest'ultimo potrà avere la sentenza *Barcelona* è da ricondurre, in termini generali, alla maggiore attenzione che la Commissione europea dovrà porre d'ora in poi nel condurre le proprie analisi e nel valutare le osservazioni che siano eventualmente presentate a opera delle parti interessate.

[64] Si vedano Tribunale, sentenza del 17 novembre 2017, causa T-263/15, *Gmina Miasto Gdynia e Port Lotniczy Gdynia Kosakowo*/ Commissione e l'impugnazione proposta avverso tale pronuncia dalla Commissione europea (la causa, al momento pendente dinanzi alla Corte di giustizia, è la C-56/18) quanto al mancato coinvolgimento delle parti interessate nella riforma degli orientamenti della Commissione europea sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree.

Athletic Club / *Commissione e* Barcelona Fútbol Club / *Commissione: selettività territoriale, vantaggio e onere della prova a carico della Commissione europea nel contesto dei rapporti tra aiuti di Stato e sport*

Nelle sentenze *Athletic Club* / Commissione e *Barcelona Fútbol Club* / Commissione, il Tribunale dell'Unione europea ha avuto modo di occuparsi di una decisione di recupero relativa a un regime di aiuti di Stato asseritamente disposto in favore di quattro club spagnoli di calcio. Scopo del presente contributo è illustrare le decisioni in parola, mettendo in risalto caratteri di specificità relativi alla materia sportiva nell'ambito del diritto dell'Unione europea e ad alcuni aspetti potenzialmente controversi delle due pronunce. Propriamente, l'attenzione è rivolta ai temi della selettività territoriale, del vantaggio e dell'onere della prova nell'ambito del diritto degli aiuti di Stato quali profili che avrebbero richiesto una più attenta valutazione da parte dei giudici di Lussemburgo, al fine di meglio motivare le sentenze.

Athletic Club / *Commission and* Barcelona Fútbol Club / *Commission: territorial selectivity, advantage and burden of proof for the European Commission in the context of the relationship between state aid and sport*

In the decisions of Athletic Club / Commission and Barcelona Fútbol Club / Commission, the Court of the European Union was able to deal with a recovery decision concerning an alleged state aid scheme in favour of four Spanish football clubs. The purpose of this contribution is to illustrate the decisions in question, highlighting characteristics of specificity relating to the sports subject within the framework of European Union law and to some potentially controversial aspects of the two rulings. Specifically, the focus is on the issues of territorial selectivity, advantage and burden of proof in the field of State aid law as profiles that might have required a more careful assessment by the General Court.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 463-505

Articoli e saggi

Il sistema reputazionale nelle Università: la Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR)

Emanuela Furiosi

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il sistema reputazionale nell'università: l'evoluzione storica. – 2.1. *Segue*: il modello attuale. – 3. Il rapporto tra la valutazione della qualità della ricerca e la valutazione della performance. – 4. La valutazione della ricerca. – 5. L'evoluzione dei sistemi valutativi della qualità della ricerca in Italia: la VTR 2001-2003. – 5.1. *Segue*: la VQR 2004-2010. – 5.2. L'Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR). – 5.3. La VQR 2011-2014. – 5.4. *Segue*: i criteri e il processo di valutazione dei prodotti della ricerca. – 5.5. *Segue*: i criteri e il processo di valutazione delle Istituzioni e dei Dipartimenti. – 6. La Valutazione della Qualità della Ricerca nell'Area giuridica. – 6.1. Modalità di valutazione della ricerca nell'Area giuridica. – 6.2. Criteri di valutazione della ricerca nell'Area giuridica. – 7. La Valutazione della Qualità della Ricerca: profili critici. – 7.1. La quota premiale del Fondo di Finanziamento Ordinario (FFO). – 7.2. La quota premiale del Fondo di Finanziamento Ordinario: quanto influisce la "qualità"? – 7.3. Valutazione, metriche centralizzate e possibili effetti distorsivi. – 8. Considerazioni finali.

1. *Premessa*

Tema centrale del presente contributo è la Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR) come strumento finalizzato alla misurazione della reputazione nel sistema universitario, unitamente alle – consistenti – ricadute concrete di tale valutazione.

È opportuno fin in premessa sottolineare che il campo in cui il presente approfondimento si inserisce è permeato da categorie "scivolose" e da concetti che non sono ontologicamente atti ad essere distillati in definizioni univoche. Si pensi, ad esempio, al concetto di reputazione e al concetto di qualità. Si deve, inoltre, prendere atto del fatto che la reputazione della pubblica amministrazione, ed in particolare il tema reputazionale nel sistema universitario, non ha riscontrato particolare successo nella dottrina giuspubblicistica.

Tuttavia tale tematica, seppur sfuggente e a tratti respingente per il giurista, diventa oggi – anche a fronte delle nuove proposte di riforma[1] dell'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR) – ancor più di interesse e meritevole di riflessioni ed approfondimenti.

Nemmeno può ignorarsi che il periodo storico in cui viviamo, ha assistito all'affermazione della c.d. *Reputation Society*[2], vale a dire della c.d. "Società della Reputazione". È diventata pratica comune, infatti, consultare app[3] o siti web prima di prendere la maggior parte delle decisioni, spesso anche banali, al fine di effettuare una scelta più consapevole. App e siti web che sono veri e propri "sistemi reputazionali"[4], atti a raccogliere valutazioni e recensioni di servizi, prodotti o professionisti[5].

---

[1] Il riferimento è alla comunicazione che a inizio 2019 il Capo Dipartimento del Dipartimento per la formazione superiore e per la ricerca del Ministero dell'Istruzione dell'Università e la Ricerca, Giuseppe Valditara, ha inviato ai Rettori delle università italiane. Tale documento, reperibile sul sito roars.it che rinvia al sito circoloerreraunipv.it, racchiude una riflessione e una proposta di riforma relativa al metodo di valutazione adottato da ANVUR. Dopo aver rilevato che «la valutazione fatta fino ad oggi ha prodotto dei risultati positivi, in termini di conoscenza del sistema e di stimolo al merito (derivante però più dal timore della valutazione negativa che da una vera e conseguente premialità), ma anche provocato una serie di distorsioni e di costi materiali ed umani» ha affermato che «È ora tempo di passare ad una Autonomia responsabile del Sistema della Alta Formazione e Ricerca a cui faccia da corollario una valutazione dei risultati e dei prodotti e che premi davvero il merito e sanzioni il demerito». Proponendo, quindi, «una revisione della normativa sulla valutazione della ricerca e sull'accreditamento, mirata a una decisa semplificazione e razionalizzazione, sulla base di nuovi criteri e finalità», tra i quali spicca la proposta di «riconoscimento dell'esclusiva competenza sulla valutazione dei singoli docenti e ricercatori e del personale accademico alle istituzioni universitarie e agli enti di ricerca, nel rispetto dell'autonomia didattica, scientifica e organizzativa riconosciuta dalla Costituzione e dell'esclusiva competenza del docente sulla valutazione degli apprendimenti e dei comportamenti del singolo studente, quale espressione irrinunciabile e qualificante della professionalità e della libertà di insegnamento».

[2] Di particolare interesse sono i contributi, di taglio interdisciplinare, contenuti in H. Masum e M. Tovey (a cura di), *The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, Massachusetts, 2011. Tali contributi spaziano dalla reputazione in ambito accademico alla reputazione come strumento di regolazione e di implementazione di *policy*, fino a toccare ambiti forse più lontani dal diritto amministrativo quali il *community management*.

[3] Una "app", abbreviazione di "applicazione" è un software applicativo per dispositivi mobili. Per un approfondimento sul tema che contempli i molteplici profili giuridici che discendono dall'utilizzo di tali strumenti, si veda D. Grilli, *App Mobile*, dove a p. 14 si legge: «L'app mobile è una applicazione informatica sviluppata al fine di funzionare su appositi dispositivi mobili. Con "dispositivi mobili" generalmente si fa riferimento a quegli strumenti elettronici che si possono utilizzare seguendo la mobilità dell'utente. Sono compresi, ad esempio, gli *smartphone*, i *tablet*, i lettori mp3, i GPS, gli *smartwatch* e simili. Non rientrano invece nella definizione di *App mobile* i programmi applicativi dei computer (portatili o fissi) che vengono solitamente definiti solo *software*».

[4] La produzione scientifica in tema di sistemi reputazionali è particolarmente florida nel campo del *management* dove la reputazione è un fattore che ha un impatto decisivo per la riuscita o buona riuscita di una intrapresa imprenditoriale. Basti pensare che una reputazione positiva consente di praticare un consistente sovrapprezzo per i prodotti e/o servizi offerti. Si segnala sul tema M.T. Cuomo, G. Metallo, D. Tortora, *Corporate Reputation Management, Analisi e modelli di misurazione*, Torino, Seconda edizione, 2014, nella cui prefazione si afferma che la reputazione, quale capacità anticipatoria dei possibili comportamenti tenuti dalle organizzazioni, si rende garante del loro saper fare, nel rispetto delle istanze dei soggetti che si interfacciano con il sistema imprenditoriale.

[5] Gli strumenti reputazionali, quindi, sono sistemi informativi atti alla misurazione della reputazione, intesa come raccolta di opinioni sull'agire passato di un soggetto al fine di prevederne, con ragionevole proba-

Per "sistema reputazionale" si intende uno strumento, un'infrastruttura atta a raccogliere le valutazioni (più o meno qualificate) di un servizio/ di un soggetto/ di un prodotto, al fine di consentire a utenti/clienti futuri, o comunque ad uno o più soggetti terzi, di effettuare una valutazione consapevole e informata in merito al servizio o prodotto offerto dal soggetto della cui reputazione si tratta[6].

In altre parole, un sistema reputazionale è un'infrastruttura che consente di registrare e misurare la reputazione di uno o più soggetti, intendendo per "reputazione" ciò che una data comunità "pensa" di un determinato soggetto, secondo un giudizio basato sulle sue azioni passate in un contesto dato, partendo dal presupposto che queste siano indicatori affidabili dei comportamenti futuri[7].

Come già accennato, la "società della reputazione" ha preso e sta prendendo sempre più il sopravvento e dopo aver conquistato dapprima il settore privato e poi il settore pubblico, ad oggi sta prendendo una deriva quasi "orwelliana".

Piuttosto recenti, infatti, sono i primi – allarmanti – tentativi di applicare una valutazione reputazionale agli individui nella loro veste di cittadini/persone e non nella loro veste professionale. In particolare ci si riferisce ad una iniziativa del Governo Cinese, resa pubblica a metà del 2016, che prevede, a partire dal 2020, l'attivazione del *Social Credit System* (SCS), un sistema reputazionale governativo[8]. Tale "Sistema di Credito Sociale" è atto a misurare la reputazione, l'affida-

---

bilità, il comportamento futuro. Tali strumenti sono tecnicamente definiti "sistemi reputazionali". Tra questi, i più noti e comunemente diffusi sono, ad esempio, ebay e Amazon, che hanno al loro interno uno strumento che consente agli utenti di recensire ogni singolo prodotto acquistato; Tripadvisor, che consente di valutare ristoranti, hotel ed esperienze di viaggio; Booking dove è possibile trovare recensioni della quasi totalità delle strutture recettive, etc.

[6] In merito ai sistemi reputazionali è stato sinteticamente e chiaramente scritto che «The basic idea is to let parties rate each other, for example after the completion of a transaction, and use the aggregated ratings about a given party to derive a trust or reputation score, which can assist other parties in deciding whether or not to transact with that party in the future. A natural side effect is that it also provides an incentive for good behavior, and therefore tends to have a positive effect on market quality. Reputation systems can be called collaborative sanctioning systems to reflect their collaborative nature, and are related to collaborative filtering systems.» A. Jøsang, R. Ismail, C. Boyd, *A Survey and Reputation Systems for Online Service Provision*, in Decision Support Systems, 43(2) 2007, p.618-644. Sempre in tema di sistemi reputazionali si rinvia anche a L. Mui, A. Halberstadt, M. Mohtashemi, *Notions of Reputation in Multi-agent Systems: A Review*. In Proceedings of the First Int. Joint Conference on Autonomous Agents & Multiagent Systems (AAMAS), 2002.

[7] Questa è la definizione di reputazione che viene data in G. Smorto, Reputazione, fiducia e mercati, in *Europa e diritto privato*, Fasc. 1, Milano, 2016. Pressoché sovrapponibile è la definizione di reputazione adottata da Dellarocas: «Reputation is a summary of one's relevant past actions within the context of a specific community, presented in a manner that can help other community members make decisions with respect to whether and how to relate to that individual (and/or to the individual's works)». in C. Dellarocas, *Designing Reputation Systems for the Social Web*, (June 13, 2010), Boston U. School of Management Research Paper No. 2010-18.

[8] Da una primissima analisi della produzione scientifica cinese sul tema – limitatamente a quella scritta in lingua inglese – appare che tale infrastruttura reputazionale abbia la finalità di colmare l'asimmetria informativa nel mercato per portare lo stesso ad uno stadio evolutivo superiore. Z. Zou, in *The development of service economy: a general trend of the changing economy in China*, Springer, 2015, illustra che «The unified perfect social credit system is essentially a market service agency from the perspective of market operation. But we could step forward in the way of perfection. First, the government could use its authoritative force to build the social credit

bilità, la credibilità di soggetti sia privati che pubblici, prevedendo un sistema di incentivi e disincentivi, che si concretano, per quei soggetti con una reputazione al di sotto di una certa soglia, nella preclusione all'accesso a determinati servizi[9].

Tali applicazioni, pur apparendo *prima facie* estreme (ma ormai non avveniristiche), certamente portano con sé molteplici criticità in punto di diritto e di tutela che, per gli interessi pubblici e privati con i quali si scontrano, meriterebbero l'attenzione della dottrina giuspubblicistica.

Ad ogni buon conto, l'ordinamento giuridico italiano, ed in particolare il diritto pubblico, non è rimasto indenne dal fenomeno reputazionale, facendone applicazione ormai in diversi ambiti tra i quali spicca la valutazione della qualità della ricerca (VQR), che verrà analizzata nel presente contributo, senza tralasciarne le relative ricadute pratiche ma cercando di metterne in evidenza i pregi e le criticità.

La reputazione è un concetto complesso e multidisciplinare[10], un costrutto che nasce da valutazioni di differenti aspetti, che racchiude al contempo una parte più misurabile, basata sulla valutazione qualitativa delle azioni passate del soggetto della cui reputazione si tratta, e di una parte più "umana", meno misurabile e quantificabile, che dipende direttamente dall'esperienza del singolo *stakeholder*[11].

---

system in a short time. […] The key step during credit system construction is to establish a credit record mechanism of enterprises and individuals. It records, the credit-relevant information of enterprises and individuals. it records the credit-relevant information of enterprises and individuals like law-abiding, promise-keeping, charity and professional ethics. In this way, the scattered credit information can be centralized and specialized, and relevant credit information can be inquired accurately and quickly. Based on this, objective and credible agencies can evaluate the credibility of enterprises and individuals and attach different degrees for them with corresponding indicators and evaluation system. […] The power of credit system lies in market punishment; the operation environment for dishonest market participants will become worse for their dishonest behaviors. Their business and expansion will be limited, the market share of their product will be affected, and the market position will be lost», Z. Zou, *The development of service economy: a general trend of the changing economy in China*, cit., 281.

[9] Ad esempio, potrà essere interdetto ad alcuni soggetti l'utilizzo dei voli interni o l'acquisto di servizi premium come i biglietti in *business class*. Questo per quei soggetti che hanno perso "credito" a causa di alcuni comportamenti tra i quali, ad esempio, l'aver fumato tabacco in zone in cui non è consentito o essere stati multati per guida spericolata o – addirittura, riporta il Times ad aprile 2018, per aver acquistato troppi video games o per aver condiviso delle notizie false sui social network. Sul tema si veda M. Chorzempa, P. Triolo, e S. Sacks, *China's Social Credit System: A Mark of Progress or a Threat to Privacy?*, in *Policy Brief*, Peterson Institute for International Economics, giugno 2018, dove si legge, in merito al Sistema di Credito Sociale cinese, che: «Evaluations affect nearly all economic interactions of an individual. Enterprises and government offices are supposed to check social credit files when granting government procurement contracts and licenses for businesses, hiring or promoting employees, and even when deciding whether an individual should be allowed to use the internet. Those who have transgressed, such as failing to comply with a court judgment or violating traffic laws, face penalties that stay on their records, which in turn block them from receiving various services, even booking airplane tickets. Those with a positive evaluation reap benefits of being on the right side of the system. The aim is to shape the behavior of government officials, businesses, and individuals via "marketized constraint and punishment", incentives generated by an automated system of law enforcement and economic regulation».

[10] C.J. Fombrun, *The Reputational Landscape*, in *Corporate Reputation Review*, 1997, dove si rinviene la seguente definizione di reputazione: «A corporate reputation is a collective representation of a firm's past actions and results that describes the firm's ability to deliver valued outcomes to multiple stakeholders».

[11] La reputazione è il risultato delle relazioni tra un soggetto/organizzazione e i suoi *stakeholder*, dove per *stakeholder* si intendono i soggetti coinvolti, siano essi utenti, clienti, consulenti, personale interno. Sono que-

Proprio la prima accezione di reputazione, quella attinente alla valutazione qualitativa delle azioni passate, è alla base del sistema reputazionale utilizzato per la VQR che, come si vedrà, costruirà una graduatoria delle università e dei centri di ricerca, ordinati – almeno dichiaratamente – secondo il livello qualitativo raggiunto dai prodotti della ricerca pubblicati in un lasso di tempo prestabilito.

La ricerca universitaria, in generale, e in particolare la qualità di quest'ultima, è una tematica che, per sua natura, è legata a doppio filo con l'annosa questione del finanziamento della ricerca. E non potrebbe essere altrimenti, data la strettissima dipendenza della prima nei confronti della seconda.

Oggi in modo particolare – stante la crisi economica che si protrae ormai da più di un decennio – la massimizzazione degli investimenti è un tema sempre più centrale[12]. E così ancora più centrale ed influente è divenuta anche la "reputazione" in quanto l'allocazione di una consistente parte del fondo di finanziamento ordinario (FFO) è direttamente connessa ai risultati della VQR.

Non è aspetto secondario, poi, che i fondi privati destinati alla ricerca trovino allocazione soprattutto nella *ricerca applicata* in quanto quest'ultima, essendo finalizzata ad acquisire conoscenze che hanno una specifica applicazione, porta allo sviluppo di "prodotti", consentendo una più immediata monetizzazione delle risorse investite.

Di converso, la *ricerca di base*, cioè quell'attività sia teorica che sperimentale che viene portata avanti per accrescere o acquisire conoscenze scientifiche, viene generalmente finanziata da fondi pubblici[13]. Essa, infatti, sebbene sia necessaria e prodromica alla ricerca applicata, genera meno direttamente possibilità di ricavo[14].

---

sti, infatti, i soggetti che, entrando più o meno a contatto con l'organizzazione, ne costruiscono la reputazione comunicando con altri soggetti la propria impressione o esperienza.

[12] È interessante l'ottimistica riflessione in chiave sociologica sui motivi che hanno reso sempre più urgente la necessità di prevedere misurazioni e valutazioni dell'*agere* pubblico effettuata da M. Palumbo in *Il processo di valutazione. Decidere, programmare, valutare*, Milano, 2002, «Almeno in Italia, la ragione prevalente del successo della valutazione non pare imputabile a questo fattore [ndr. la crisi fiscale dello Stato e la necessità di meglio allocare le poche risorse] […] sostenere che «meno risorse ci sono, più si valuta» appare semplicistico ed anche empiricamente infondato. Mi piace piuttosto pensare che sprechi e inefficienze siano oggi meno tollerabili non tanto perché sono disponibili meno risorse da sprecare, quanto perché, da un lato, i cittadini sono maggiormente consapevoli del fatto che esse provengono dalle loro tasche e quindi sono più sensibili al loro utilizzo e, dall'altro lato, perché anche gli operatori della pubblica amministrazione manifestano spesso un sincero interesse all'ottimizzazione dell'uso delle risorse che governano e alla valorizzazione dell'impegno che dedicano alla loro attività».

[13] Tale rilievo è stato a suo tempo messo in luce anche da M.S. Giannini, *Sull'art. 9 Cost. (la promozione culturale),* in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Vol III, t. 1, Diritto pubblico (A-L), Milano, 1991, dove si legge che «La promozione culturale mediante ausili finanziari pubblici è una delle forme più diffuse di promozione».

[14] Si veda A. Banfi, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 2, 2014, 361 per una introduzione generale in tema di evoluzione del finanziamento della ricerca pubblica e sulla conseguenziale esigenza di valutazione dei risultati.

Sono quindi gli investimenti pubblici ad alimentare lo sviluppo della ricerca che, sebbene non finalizzata, consente tuttavia la costruzione delle fondamenta dalle quali possono nascere soluzioni applicative altrimenti nemmeno immaginabili[15].

Occorre, infine, considerare che la valutazione della qualità della ricerca, attività che è imprescindibile in quanto prevista da specifiche disposizioni normative, è un arduo compito[16]. Difatti, i sistemi di valutazione utilizzati ai fini di misurare la bontà, il pregio ed il rendimento della produzione scientifica e dell'attività ad essa connessa sono modellati su metriche centralizzate e, quindi, per forza di cose, limitati. E ciò fa sì che valutare in modo accurato la qualità della ricerca ed il valore che essa potrebbe avere, soprattutto nel lungo periodo, è pressoché impossibile.

Ad ogni buon conto, tale valutazione pare oggi indispensabile[17] per verificare il ritorno degli investimenti effettuati e, quindi, per poter pianificare, anche sulla base dei risultati della misurazione, gli investimenti futuri[18].

---

[15] In merito alla distinzione tra ricerca applicata e ricerca di base è interessante richiamare il già citato commento del Capo dipartimento del Dipartimento per la formazione superiore e per la ricerca del Miur che tra le proprie "proposte di riforma" della valutazione della ricerca afferma che «un sistema di governo/coordinamento centrale del sistema ricerca dovrebbe, senza pretendere gli eccessi di competitività della ricerca e dirigismo di oltreoceano, adattare al modello italiano il modello EU, in cui la politica di governo ha da un lato la visione complessiva delle risorse finanziarie e umane disponibili e dall'altro ha il diritto e il dovere di assegnare risorse in funzione delle esigenze del sistema Paese. A titolo di esempio con una percentuale rilevante (tra il 70 e l'80%) alla ricerca strategica, che risponda alle esigenze del Paese, alle sue capacità, alle sue potenzialità e alle sue sfide sociali; lasciando la restante percentuale a bandi competitivi legati alla ricerca di base (*curiosity driven*) dalla quale, come detto, provengono le così dette grandi innovazioni ed avanzamenti scientifici e sociali».

[16] Con particolare riferimento alla ricerca di base si richiama L. Degrassi, *Ricerca 'industriale' e valutazione di scopo*, in L. Degrassi (a cura di) *La ricerca scientifica tra Stato e mercato – ipotesi di collaborazion*e, 2014 dove si legge che «nell'eventualità in cui la ricerca fondamentale venga promossa pubblicamente(ad esempio con risorse finanziarie) per il valore in sé della ricerca stessa, nei suoi confronti è incompatibile ogni forma di valutazione da parte dei pubblici poteri perché, per volontà costituzionale (libertà di scelta dell'oggetto e libertà di metodo), è interdetta ogni possibile coartazione finalistica».

[17] In merito alla centralità e imprescindibilità di una valutazione della ricerca si veda F. Merloni, *Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale*, in Dir. pubbl., 2004, 609 dove si legge che «Non c'è insegnamento e ricerca scientifica non strumentale senza autonomia, non c'è autonomia senza responsabilità, non c'è responsabilità sena una valutazione dei risultati raggiunti». Sempre a sostegno della necessità di una valutazione della ricerca universitaria, opposto al metodo della cooptazione, si è espresso anche A. Sandulli, *Spunti di riflessione sulla valutazione della ricerca universitaria*, in G. Della Cananea, C. Franchini (a cura di), *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino, 2009, dove si legge che «pare necessario e non più procrastinabile introdurre un sistema di valutazione della ricerca scientifica, in modo da poter effettuare sì il giudizio dei pari, ma passando attraverso una preventiva e condivisa definizione dei parametri qualitativi e quantitativi di valutazione. E legando a tale valutazione effetti e conseguenze tangibili, in modo che le università possano eventualmente continuare a compiere scelte selettive maldestre, ma essendo consce che, in tal caso, ne pagheranno lo scotto». Nello stesso senso anche D. Gottardi, *Il processo di valutazione come obbligo e come opportunità,* in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, fasc. 3-4, 2016, 353.

[18] Si veda in proposito E. Minelli, G. Rebora, M. Turri, *Il valore dell'università: la valutazione della didattica, della ricerca, dei servizi negli atenei*, Milano, 2002; A. Vergani (a cura di), *Prove di valutazione. Libro bianco sulla valutazione in Italia*, Milano, 2012.

2. *Il sistema reputazionale nell'università: l'evoluzione storica*

La reputazione di un soggetto, sia esso una persona fisica o giuridica, viene solitamente intesa o come misura di una qualità o come misura della propria moralità[19].

Tale dualismo concettuale emerge, anche se con diversa forza, nella quasi totalità degli studi socio-economici che si sono interessati al tema[20]. La reputazione, quindi, non è un qualcosa che può essere ricondotto esclusivamente a un criterio qualitativo (di gestione, di produzione, di ricerca…) ma coinvolge inevitabilmente tutta una serie di *intangibles* quali le aspettative e le opinioni sviluppate nel tempo dai soggetti che interagiscono in vario modo con il soggetto della cui reputazione si tratta, c.d. *stakeholder*[21].

Il medesimo dualismo è, altresì, presente nel modello reputazionale che è oggi applicato al mondo accademico e della ricerca. Infatti, da un lato, è previsto l'obbligo di adozione di un Codice etico[22] per quelle università che ne fossero ancora sprovviste, obbligo che è stato introdotto nel 2010 dalla riforma Gelmini[23]; dall'altro lato, l'introduzione di processi di valutazione della qualità da parte di ANVUR, di cui si dirà più approfonditamente nel prosieguo.

---

[19] Reputazione è «La considerazione altrui, convenzionalmente sentita come retta misura della qualità o, più spesso, della moralità» in G. Devoto e G. Oli, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 1971.

[20] Di particolare interesse per chi (come chi scrive) proviene da discipline differenti: C.J. Fombrun, *Realizing Value from the Corporate Image*, Boston, 1996; C.J. Fombrun, *A Systematic Review of the Corporate Reputation Literature: Definition, Measurement, and Theory*, in *Corporate Reputation Review*, n. 12, 2010; D. Ravasi, C. Gabbioneta, *Le componenti della reputazione aziendale. Indicazioni dalla ricerca RQ Italy*, in *Economia e Management*, n. 3, 2009; Aa.Vv., *The Reputation Society. How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, 2012; C. Dellarocas, *Designing Reputation Systems for the Social Web*, (June 13, 2010), Boston U. School of Management Research Paper No. 2010-18; C.J. Fombrun, N. Gardberg, M.L. Barnett, *Opportunity Platforms and Safety Nets: Corporate Citizenship and Reputational Risk*, in *Business and Society Review*, 2000, p. 87; R.H. Kraakman, *Gatekeepers: The anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, in *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1986), pp. 53-104, Oxford.

[21] Per un approfondimento sul tema si rinvia a J. Schettini Gherardini, *Reputazione e rischio reputazionale in economia. Un modello teorico*, Milano, 2011.

[22] Il codice etico è strumento che consente di stabilire in capo ai soggetti che in Università detengono l'autorità degli impegni vincolanti a portare avanti senza distorsioni opportunistiche la propria attività e la propria funzione. Viene definito anche come «l'insieme dei doveri fiduciari di chi detiene il potere decisionale, con la finalità di assicurare ai soggetti non controllanti un modus operandi che sia valutabile e trasparente nonché coerente con gli obiettivi istituzionali». Questa è la definizione data da M. Fia, M. Verde, L. Sacconi e A. Cassone, *Il governo dell'università dopo la legge n. 240/2010, le criticità. Statuti e codici etici, il quadro aggiornato*, in C. Mio (a cura di), *La rendicontazione sociale negli atenei italiani*, Milano, 2016.

Sempre in tema di codice etico nelle Università, si veda S. Cimini, *Potere sanzionatorio e competitività nel sistema universitario italiano*, in E. Picozza e A. Police (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino, 2013, che sottolinea la necessità di coordinare il codice etico delle singole università con il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, al cui rispetto sono tenuti sia il corpo docente che il personale tecnico-amministrativo.

[23] *Ex* art. 2, c. 4, l. n. 240/2010 «Le università che ne fossero prive adottano entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge un codice etico della comunità universitaria formata dal per-

Se il primo fronte guarda alla reputazione nella sua accezione più intangibile, il secondo è focalizzato alla reputazione intesa nella sua accezione – forse – più misurabile: quella della qualità appunto. Inoltre, ulteriore profilo distintivo è che il codice etico si muove sul fronte dell'"etica individuale" mentre i processi di valutazione sono riconducibili all' "etica aziendale"[24].

Un primo cenno al concetto di valutazione associato alla ricerca universitaria lo si deve alla legge di «Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica», n. 168 del 9 maggio 1989, che ha previsto la necessità che il regolamento di ciascun ateneo preveda «forme di controllo interno sull'efficienza e sui risultati di gestione complessiva dell'università» [25].

A partire da tale previsione normativa in avanti il tema del controllo nell'università pubblica iniziò a svilupparsi, dapprima con un'attenzione più spiccata nei confronti del controllo gestionale e delle risorse, sfociando, dopo l'introduzione di meccanismi di controllo generalizzati per il pubblico impiego, nell'adozione di un compiuto sistema di valutazione applicabile all'azienda universitaria[26]. È, infatti, la legge 24 dicembre 1993, n. 537 che ha introdotto i Nuclei di valutazione interna per le università[27] e l'Osservatorio per la valutazione del sistema universitario[28].

---

sonale docente e ricercatore, dal personale tecnico – amministrativo e dagli studenti dell'ateneo. Il codice determina i valori fondamentali della comunità universitaria, promuove il riconoscimento e il rispetto dei diritti individuali, nonché l'accettazione di doveri e responsabilità nei confronti dell'istituzione di appartenenza, detta le regole di condotta nell'ambito della comunità». Sul punto è interessante sottolineare il nesso con il concetto di responsabilità disciplinare del dipendente pubblico.

[24] Per quest'ultima differenziazione si veda M. Pollifroni, *Valori e principi di fondo dell'istituzione universitaria*, in C. Mio (a cura di), *La rendicontazione sociale negli atenei italiani*, Milano, 2016.

[25] Art. 7, c. 8, l. 9 maggio 1989, n. 168.

[26] Si richiama in tema di evoluzione storica della valutazione dell'Università G. Rebora, *Venti anni dopo. Il percorso della valutazione dell'università in Italia e alcune proposte per il futuro*, in *Liuc Papers n. 257, Serie Economia aziendale*, n. 38, 2012.

[27] L'art. 5, c. 22, della l. 24 dicembre 1993, n. 537 ha previsto che «Nelle università, ove già non esistano, sono istituiti nuclei di valutazione interna con il compito di verificare, mediante analisi comparative dei costi e dei rendimenti, la corretta gestione delle risorse pubbliche, la produttività della ricerca e della didattica, nonché l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa. I nuclei determinano i parametri di riferimento del controllo anche su indicazione degli organi generali di direzione, cui riferiscono con apposita relazione almeno annualmente».

[28] A mente dell'art. 5, c. 23, della l. 24 dicembre 1993, n. 537, «La relazione dei nuclei di valutazione interna è trasmessa al Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, al Consiglio universitario nazionale e alla Conferenza permanente dei rettori per la valutazione dei risultati relativi all'efficienza e alla produttività delle attività di ricerca e di formazione, e per la verifica dei programmi di sviluppo e di riequilibrio del sistema universitario, anche ai fini della successiva assegnazione delle risorse. Tale valutazione è effettuata dall'osservatorio permanente da istituire, con decreto del Ministro, ai sensi dell'articolo 12, comma 4, lettera f), della legge 9 maggio 1989, n. 168».

L'Osservatorio è stato, poi, effettivamente istituito con decreto del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica del 22 febbraio 1996 con le finalità, come previste dall'art. 1 del citato decreto istitutivo, «anche in ordine alla assegnazione delle risorse, di: – valutare i risultati relativi all'efficienza ed alla produttività delle attività di ricerca e di formazione; – verificare i piani di sviluppo e di riequilibrio del sistema universitario».

Come ricorda anche M. De Donno, *L'autonomia al centro del sistema*, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione – questioni ricorrenti e profili evolutivi*, tomo II, Napoli, 2014.

Questo per quanto concerne il fronte gestionale.

Quanto, invece, al fronte della valutazione e della valorizzazione della qualità della ricerca, un primo passo in tale direzione si è fatto con l'istituzione del Comitato di Indirizzo per la Valutazione della Ricerca, c.d. CIVR[29].

Il CIVR si è occupato, così, delle prime valutazioni dei risultati della ricerca. Ad esso, infatti, sono da attribuire la prima Valutazione Triennale della Ricerca, relativa a periodo 2001 e 2003 (VTR 2001-2003) e la prima Valutazione Quinquennale della Ricerca, relativa al periodo 2004 e 2008 (VQR 2004-2008).

Non può, poi, essere omessa un'ulteriore evoluzione del sistema reputazionale applicato alla ricerca introdotta dalla legge 19 ottobre 1999, n. 370[30]. È a tale disposizione legislativa, infatti, che si deve l'introduzione di prassi e protocolli atti alla valutazione sia della gestione che della ricerca portata avanti in ambito universitario, senza tralasciare l'opinione degli studenti sulla didattica. In particolare questa ha previsto:

- l'introduzione in ogni ateneo di un sistema di valutazione interno, portato avanti da un organo collegiale strutturato, il "Nucleo di valutazione di ateneo"[31], con il compito di valutare la gestione amministrativa, le attività didattiche e di ricerca, gli interventi di sostegno al diritto allo studio, verificando anche il corretto utilizzo delle risorse pubbliche, la produttività della ricerca e della didattica e l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa;
- l'istituzione del "Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario"[32], c.d. CNVSU[33], con il compito di predisporre ed attuare una valutazione esterna sulla base delle relazioni dei Nuclei di valutazione di ogni ateneo;

[29] Tale comitato, a mente della propria norma istitutiva, il d.lgs. n. 204 del 1998, «opera[va] per il sostegno alla qualità e alla migliore utilizzazione della ricerca scientifica e tecnologica nazionale, secondo autonome determinazioni con il compito di indicare i criteri generali per le attività di valutazione dei risultati della ricerca, di promuovere la sperimentazione, l'applicazione e la diffusione di metodologie, tecniche e pratiche di valutazione, degli enti e delle istituzioni scientifiche e di ricerca, dei programmi e progetti scientifici e tecnologici e delle attività di ricerca, favorendo al riguardo il confronto e la cooperazione tra le diverse istituzioni operanti nel settore, nazionali e internazionali».

[30] Legge 19 ottobre 1999, n. 370, «Disposizioni in materia di università e di ricerca scientifica e tecnologica».

[31] Art. 1, c. 1, l. 19 ottobre 1999, n. 370.

[32] Art. 2, l. 19 ottobre 1999, n. 370.

[33] A. Marra in *La valutazione del sistema universitario e il ruolo dell'ANVUR*, cit., evidenzia la prudenza del legislatore del 1999 in quanto il Comitato per fissare i criteri generali per la valutazione delle attività nelle università doveva coinvolgere altri organi rappresentativi del mondo accademico quali il Consiglio universitario nazionale, la Conferenza dei rettori delle università italiane e il Consiglio nazionale degli studenti.

- la predisposizione di una relazione annuale da parte dei Nuclei di valutazione di ateneo, da inviare ogni anno sia al Ministero competente che al CNVSU, che riporti le opinioni degli studenti frequentanti sulle attività didattiche[34];
- l'allocazione di una quota del Fondo per il Finanziamento Ordinario (FFO) delle università per l'attribuzione di appositi incentivi agli atenei, sulla base di obiettivi predeterminati ed in relazione agli esiti dell'attività di valutazione[35].

Proprio in seguito all'entrata in vigore della legge 370 del 1999, si rese evidente la necessità di costruire un efficace sistema informativo per la valutazione, sia interna che esterna, delle università e del sistema universitario nel suo complesso[36].

L'ultima rilevante evoluzione in tema di implementazione di modelli reputazionali in ambito accademico è stata l'istituzione di ANVUR, l'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca, delle cui funzioni e della cui struttura si dirà più approfonditamente nel prosieguo.

2.1. *Segue: il modello attuale*

L'attuale sistema reputazionale è stato istituito dalla l. 30 dicembre 2010, n. 240, c.d. "Riforma Gelmini"[37], che ha delegato il governo all'adozione di decreti attuativi al fine di costruire un sistema reputazionale capace di valorizzare – e misurare – la qualità e l'efficienza delle università e della ricerca[38].

Per perseguire tali obiettivi sono state introdotte diverse valutazioni, portate avanti da un organismo terzo creato *ad hoc*, l'ANVUR, ai risultati delle quali sono stati correlati meccanismi premiali per la distribuzione di una parte significativa delle risorse pubbliche destinate al finanziamento della ricerca.

È stato, così, introdotto un vero e proprio sistema c.d. *reputation based*.

In particolare, tra le principali innovazioni riconducibili a tale riforma vi sono: la VQR, cioè la Valutazione della Qualità della Ricerca, atta a valutare

[34] Art. 1, c. 2, l. 19 ottobre 1999, n. 370.

[35] Art. 2, c. 2, l. 19 ottobre 1999, n. 370.

[36] M. Pollifroni, *Valori e principi di fondo dell'istituzione universitaria*, cit.

[37] Come si legge in A. Travi, *Organi consultivi e processi decisionali dopo la riforma universitaria*, in *Munus*, 2011, 623, è significativo che nella legge Gelmini non venga delineato un processo ascendente di programmazione e invece sia precisato e rafforzato il modello discendente.

[38] Tra i contributi che si soffermano sui sistemi di valutazione applicati alle Università italiane si segnala in particolare: M. D'Orsogna, *Pluralismo e funzionamento dei sistemi di valutazione delle Università in Italia*, in M. D'Orsogna, E.P. Guiselin, S. Cimini, A.F. di Sciascio (a cura di), *Finanziamento e competizione ed accountability nel governo dell'Università*, vol. I, Napoli, 2013; F. Fracchia, *La valutazione dell'attività didattica*, in G. della Cananea, e C. Franchini (a cura di), *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino, 2009; G. della Cananea, *La politica della ricerca: le prospettive per l'area giuridica*, in M. Brollo e R. De Luca Tamajo (a cura di), *La riforma dell'Università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge 240/2010*, Milano, 2011; A. Sandulli, *Spunti di riflessione sulla valutazione della ricerca universitaria*, in G. della Cananea, e C. Franchini (a cura di), *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, cit.

periodicamente la produzione scientifica dei docenti e dei ricercatori di università e di enti di ricerca[39], l'AVA, un sistema integrato di valutazione periodica delle università articolato in tre fasi: Autovalutazione, Valutazione periodica e Accreditamento[40], gli indicatori della Terza Missione[41] e l'Abilitazione Scientifica Nazionale come valutazione *ex ante* finalizzata al reclutamento del nuovo personale.

3. *Il rapporto tra la valutazione della qualità della ricerca e la valutazione della performance*

Le riforme che hanno interessato il settore dell'istruzione universitaria se, da un lato, hanno trasmesso la parvenza di una più accentuata autonomia[42], d'altro lato, hanno connesso il meccanismo di distribuzione delle risorse pubbliche alla *performance* di ciascuna università[43]. Meccanismo che sarebbe finalizzato, oltre che al contenimento degli sprechi e alla massimizzazione degli investimenti cui s'è già fatto cenno, anche a mettere in competizione le università pubbliche per

[39] La V.Q.R. è effettuata da Gruppi di Esperti Valutatori, c.d. GEV, delle diverse discipline, che con l'ausilio di revisioni esterne e analisi bibliometriche, formulano un giudizio di qualità sui lavori scientifici, che verrà poi aggregato per dipartimenti/istituti e/o atenei e enti. Ai risultati della Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR) sono associati significativi incentivi monetari nella distribuzione della parte premiale del Fondo di Finanziamento Ordinario (FFO).

[40] Si veda C. Barbati, *L'assicurazione della qualità nel sistema universitario, al tempo di ANVUR*, in Giorn. Dir. Amm., 2013, 7, 701.

[41] La terza missione, da intendersi come l'apertura delle università e della ricerca verso il contesto socio-economico in cui operano, mediante la valorizzazione e il trasferimento delle conoscenze, è, ad oggi, pienamente riconosciuta come una missione istituzionale delle università, affiancandosi così alle tradizionali missioni di insegnamento e ricerca. La valutazione di terza missione concorre al processo di valutazione periodica ed è uno strumento di autovalutazione per atenei e dipartimenti.

Di particolare interesse sul tema si veda, sul sito di ANVUR, *La valutazione della terza missione nelle università e negli enti di ricerca. Manuale per la valutazione.*, 2015, ed *ex multis*, S. Boffo, R. Moscati, *La Terza Missione dell'università. Origini, problemi e indicatori*, in *Scuola Democratica*, 2: 251, 2015; S. Scamuzzi, A. De Bortoli (a cura di), *Come cambia la comunicazione della scienza. Nuovi media e terza missione dell'università*, Bologna, 2016; R. Moscati, *La scoperta della Terza Missione*, in *Universitas*, XXXVII, 2016; G. Novelli, M. Talamo, *La Terza Missione per l'università italiana. Una nuova occasione per crescere?*, in *Med. Chir.*, 61, 2015; V. Martino, *Terza Missione e cultura delle università. Note per una sociologia del patrimonio accademico*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n. 1/2018.

[42] Come è stato sottolineato in M. Ramajoli in *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 3, 313, le scienze sociologiche – con particolare riferimento a M. Vaira, *La valutazione della qualità dell'istruzione superiore in Europa: istituzionalizzazione, pratiche e conflitti*, in *Rass. it. sociologia*, 2008, 2015 – hanno evidenziato che una valutazione centralizzata e calata dall'alto viene concepita come strumento per esercitare il controllo e così ricentralizzare la *governance*, riducendo in questo modo l'autonomia di istituzioni e accademici.

[43] Per un approfondimento critico si richiama F. Battistelli, *Dalla torre d'avorio alla MCUniversity? Lo studente "cliente" e la valutazione dell'Università*, in C. Mazza, P. Quattrone, A. Riccaboni (a cura di), *L'università in cambiamento fra mercato e tradizione*, Bologna, 2006.

spronarle a migliorare le proprie *performance*, tutto ciò a beneficio della collettività destinataria dei servizi di istruzione pubblica[44].

Il risultato è che le università sono oggi delle vere e proprie aziende in quanto si trovano a dover perseguire la propria *mission* in un contesto di risorse tendenzialmente scarso. In dottrina, infatti, si è affermato che «Si tratta di superare un imbarazzo iniziale e di pensare a università-imprese che massimizzano il profitto, nell'ambito della teoria dell'investimento in capitale umano, a cui corrispondono meccanismi di governo, degli incentivi e dei sistemi di controllo delle università»[45].

Ed immediato appare, quindi, il collegamento con il diverso concetto di valutazione della *performance*[46], che, in estrema sintesi, da un lato, si basa su metriche che derivano dai modelli reputazionali (quindi dalla valutazione della didattica (AVA), dalla valutazione della qualità dei prodotti della ricerca (VQR) e dalla valutazione della terza missione attraverso degli indicatori specifici) e, dall'altro lato, si basa sui modelli contabili e di bilancio, configurandosi così come valutazione a cavallo tra l'attività scientifica dell'università e l'attività gestionale dell'università intesa come azienda.

4. *La Valutazione della Qualità Ricerca*

L'introduzione della valutazione della qualità della ricerca, portata avanti da un'agenzia esterna e indipendente, ANVUR, è diretta conseguenza dell'ingresso nel nostro ordinamento giuridico del principio di *accountability*[47]. Principio

---

[44] F. Cosenz, *Sistemi di governo e di valutazione della performance per l'azienda Università*, Milano, 2011.

[45] L. Filippini, *Il processo produttivo dell'istruzione universitaria*, in G. Catalano (a cura di), *La contabilità economico-patrimoniale nelle università. Aspetti metodologici e principi contabili*, Bologna, 2009.

[46] Per un approfondimento sul tema si rinvia a F. Barnabè, *La cultura della valutazione nelle università*, Padova, 2009; B. Siboni, M.T. Nardo e D. Sangiorgi, *Italian State University Contemporary Performance Plans: An Intellectual Capital Focus? Journal of Intellectual Capital*, XIV (3), 2013; A. Cugini, *La misurazione della performance negli atenei. Logiche, metodi, esperienze*, Milano, 2007; F. Cosenz, *Sistemi di governo e di valutazione della performance per l'azienda "Università"*, Milano, 2011; N. Aversano, F.M. Rossi, P.T. Polcini, *I sistemi di misurazione della performance nelle università: considerazioni critiche sul sistema italiano*, in *Management Control*, 1, 2017; A. Paolini, M. Soverchia, *I sistemi informativi per il controllo e la valutazione delle performance nelle università italiane*, in *Management control*, 2017.

[47] I fattori che hanno reso urgente la necessità di attivare processi di valutazione degli atenei e delle loro attività sono ben evidenziati da A. Marra, *La valutazione del sistema universitario e il ruolo di ANVUR*, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione – questioni ricorrenti e profili evolutivi*, tomo II, Napoli, 2014, 115 dove viene messo in luce che l'accrescersi di forme di autonomia delle istituzioni universitarie «ha sollecitato il ricorso alla valutazione come strumento di bilanciamento e di rendicontazione dell'autonomia stessa» e che «la valutazione è divenuta una funzione necessaria e ulteriore rispetto a quella, strettamente politica, di individuazione degli obiettivi di sistema e di incentivazione finanziaria». Nello stesso senso in tempi meno recenti anche M. Macchia, *La cultura della valutazione della ricerca scientifica in chiave comparata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 462.

che tanto più si giustifica in un contesto socio-economico come quello attuale in cui le risorse scarseggiano e diventa, quindi, sempre più importante che le poche disponibili non vadano sprecate.

Se da un lato, quindi, una valutazione della qualità della ricerca in Italia è funzionale ad un'allocazione ponderata ed efficiente delle risorse, dall'altro lato, la stessa vorrebbe spronare al perseguimento di un ulteriore scopo tutt'altro che secondario: spingere il sistema di ricerca pubblico a un continuo miglioramento qualitativo.

Senza comunque tralasciare il fatto che una valutazione della qualità è occasione di raccolta di dati utili a tutto l'ecosistema degli *stakeholder* (che altro non è che la platea dei differenti soggetti che si relazionano con l'Università o con l'ente di ricerca) che vengono, in questo modo, messi nella condizione di prendere decisioni strategiche sulla base di dati certificati da un soggetto terzo. In fondo è proprio questo il fine cui ciascun sistema reputazionale dovrebbe tendere: facilitare all'utenza una valutazione comparativa dei soggetti della cui reputazione si tratta.

Considerati gli obiettivi appena richiamati, anche la periodicità di una simile valutazione, vale a dire il ripetersi della stessa ad intervalli più o meno regolari (e non *una tantum)*, assume una rilevanza particolare, tenuto conto del fatto che i risultati della stessa influiscono sulla distribuzione tra le università valutate di una parte piuttosto considerevole del Fondo di Finanziamento Ordinario.

5. *L'evoluzione dei sistemi valutativi della qualità della ricerca in Italia: la VTR 2001-2003*

La prima esperienza di applicazione di un sistema valutativo della qualità alla ricerca scientifica (dallo sviluppo del quale si è giunti alla odierna VQR) è stata la Valutazione Triennale della Ricerca (VTR), una sorta di progetto pilota che mirava alla valutazione dei prodotti relativi al triennio 2001-2003[48].

Tale prima esperienza di valutazione della qualità venne portata avanti dal Comitato di Indirizzo per la Valutazione della Ricerca, il c.d. CIVR[49], che emanò il relativo bando il 18 marzo 2004. Oggetto della valutazione furono i prodotti della ricerca relativi al triennio 2001-2003, da presentare in numero propor-

[48] Particolarmente utile anche al fine di una ricostruzione storica con approccio comparativo delle varie esperienze di valutazione della qualità della ricerca scientifica italiana è il Rapporto Biennale sullo stato del sistema universitario e della ricerca 2016, reperibile sul sito internet *www.anvur.it*.

[49] Il Comitato di Indirizzo per la Valutazione della Ricerca venne istituito dal d.lgs. 5 giugno 1998, n. 204.

zionale al numero di addetti alla ricerca, non essendo in ogni caso previsto alcun vincolo di copertura di tutte le aree[50].

Furono così posti all'attenzione dei 20 gruppi di esperti valutatori (*panel*) appositamente costituiti all'incirca 18.000 prodotti che vennero valutati secondo 4 classi di merito: eccellente, buono, accettabile, limitato.

Ciascun prodotto venne valutato da due *peer reviewer* e sulla base di tali giudizi il *panel* competente elaborò la valutazione finale del prodotto di ricerca. Al contrario delle esperienze successive, in tale valutazione non venne contemplato l'uso di indicatori bibliometrici.

Al fine della valutazione complessiva dell'istituzione, poi, furono previsti ulteriori indicatori, quali il numero di ricercatori in formazione (dottorandi, assegnisti e borsisti), l'attrazione di fondi esteri, il grado di proprietà dei prodotti eccellenti, il livello di mobilità internazionale, sia in entrata che in uscita, dei ricercatori e l'investimento di risorse proprie dell'istituzione in ricerca.

L'attività di valutazione, portata avanti tra il febbraio e il dicembre 2005, portò alla stesura di una relazione finale che venne sottoposta al Ministro nel marzo 2006. I risultati della valutazione vennero organizzati in graduatorie dei risultati medi suddivisi sia per grandezza dell'Ateneo sia per area scientifica. Tuttavia, preme sottolinearlo, i risultati di tale valutazione non influirono in alcun modo sullo stanziamento dei finanziamenti alla ricerca.

5.1. *La VQR 2004-2010*

Dalla prima esperienza di valutazione alla seconda il passaggio non fu privo di "intoppi". Nel 2010, infatti, il MIUR emanò il decreto[51] per procedere alla seconda valutazione che avrebbe dovuto essere affidata ancora al CIVR e si sarebbe dovuta chiamare Valutazione Quinquennale della Ricerca, in quanto relativa al quinquennio 2004-2008.

Tuttavia, tale decreto rimase inattuato in attesa che venisse costituita ANVUR.

Il 15 luglio 2011 venne, quindi, emanato il D.M. n. 17/2011 che decretò il processo di VQR, da intendersi questa volta come Valutazione della Qualità del-

[50] L'assenza di un obbligo di copertura delle aree scientifiche attive in ogni soggetto che si prestava volontariamente – tale valutazione, infatti, era volontaria – alla VTR faceva sì che ogni istituzione presentasse alla valutazione prodotti di aree in cui aveva raggiunto un particolare livello di eccellenza. Tuttavia, dall'analisi dei dati della VTR emerse che i soggetti che si sottoposero a tale valutazione fornirono un quadro piuttosto completo delle aree di ricerca attive. Per un approfondimento si veda E. Reale, M. Bressan (a cura di), *La valutazione della ricerca pubblica: una analisi della valutazione triennale della ricerca*, Milano, 2008.

[51] D.M. 19 marzo 2010, n. 8.

la Ricerca, relativa ai prodotti della ricerca del periodo 2004-2010, cioè di ben 7 anni[52]. Il relativo bando venne, poi, pubblicato da ANVUR il 7 novembre 2011.

Tale valutazione differì dalla precedente VTR non solo perché fu portata avanti da un nuovo soggetto, ANVUR appunto, e non più dal CIVR, ma soprattutto perché venne abbandonato definitivamente il carattere volontario e vennero previsti dal bando criteri quantitativi in ordine al numero di prodotti da sottoporre alla valutazione, con il risultato di decuplicare il numero di prodotti valutati, arrivando a circa 185.000, contro i 18.000 prodotti valutati per la VTR precedente.

Anche la metodologia e le conseguenze connesse ai risultati della valutazione mutarono sensibilmente: vennero, infatti, introdotti i criteri bibliometrici e, sempre per la prima volta, ai risultati venne connessa l'assegnazione di una quota del FFO (Fondo di Finanziamento Ordinario).

La valutazione bibliometrica venne effettuata combinando due indicatori principali: il numero di citazioni generato e l'impatto della rivista/sede di pubblicazione, tenendo conto anche del settore scientifico e della tipologia di pubblicazione[53].

5.2. *L'ANVUR*

Il vero primo attore del sistema reputazionale è ANVUR, l'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca, che, dotata di personalità giuridica di diritto pubblico, sovrintende il sistema pubblico nazionale di valutazione della qualità operando con autonomia organizzativa, amministrativa e contabile, pur se incardinata *a latere* nel Ministero dell'Università, dell'Istruzione e della Ricerca[54].

---

[52] Con specifico riferimento alla seconda esperienza italiana di valutazione della qualità della ricerca si rinvia all'attenta analisi della relativa normativa e delle scelte ad essa sottese svolta in G. Della Cananea, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico*, in *Lavoro nelle p.a.*, fasc. 3-4, 2012, 485.

[53] Per un approfondimento sulle modalità di valutazione della VQR 2004-2010 si veda A. Ancaiani (et al), *Evaluating Scientific Research in Italy: the 2004-10 Research Evaluation Exercise*, in *Research Evaluation*, vol. 24, n. 3, 2015.

[54] In tema di indipendenza dell'Agenzia atta a valutare le università e gli istituti di ricerca si richiama A. Marra, *La valutazione del sistema universitario e il ruolo di ANVUR*, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, 2014, dove l'autore evidenzia che l'indipendenza dell'Agenzia dal Ministero è strumentale ad evitare un condizionamento politico sull'esercizio della funzione di valutazione, che deve svolgersi secondo metodi propri e scientificamente attendibili. Indipendenza che è altresì necessaria per evitare ingerenze sia da parte del potere politico sia da parte del potere burocratico. Si segnala altresì M. Morcellini, *Per un'università sostenibile e moderna. Uno "sguardo sociologico" sulla valutazione e sull'ANVUR*, in *Rassegna italiana di valutazione*, XIX, n. 63, 2015.

L'Agenzia è stata appositamente costituita[55] con il fine di razionalizzare il sistema di valutazione della qualità delle Università e degli Enti di Ricerca, sia pubblici che privati, che sono destinatari di finanziamenti pubblici. È stato, quindi, creato un organismo indipendente, un'agenzia appunto, per dare concreta applicazione al sistema reputazionale[56].

Il principale compito istituzionale di ANVUR è, infatti, effettuare una valutazione esterna, imparziale ed oggettiva della qualità della ricerca (VQR) e della didattica (AVA).

A ciò si affiancano, da un lato, attività di indirizzo, coordinamento e vigilanza delle attività di valutazione interna agli atenei e, d'altro lato, un'ulteriore attività di valutazione dell'efficienza ed efficacia dei programmi statali di finanziamento e di incentivazione delle attività di ricerca e di innovazione. Ma non solo. Fanno sempre capo ad ANVUR: l'abilitazione scientifica nazionale, la valutazione delle scuole di dottorato e delle scuole di specializzazione, la classificazione delle riviste scientifiche, l'AFAM (alta formazione artistica, musicale e coreutica) e, dal 2013, le sono state attribuite ulteriori competenze in materia di valutazione della *performance* delle attività amministrative degli Atenei e degli Enti di Ricerca vigilati dal MIUR[57].

---

[55] ANVUR è stato costituita dall'art. 2, comma 138 della l. 24 novembre 2006, n. 286, che ha convertito in legge, con modificazioni il d.l. 3 ottobre 2006, n. 262 recante disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria.

[56] Come ha sottolineato anche M. Ramajoli in *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 3, 313, ANVUR risponde al modello della *executive agency* in quanto «soggetto tecnico vicino all'esecutivo, stante la modalità di selezione dei suoi membri, di spettanza ministeriale, (art. 8, d.p.r. n. 76/2010), e il compito di verifica dell'attuazione degli obiettivi e indirizzi ministeriali strategici per il sistema universitario e le sue componenti (art. 1, c. 4, legge n. 240/2010)». Modello delle *executive agency* che è stato dapprima messo in luce da C. Pinelli, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica,* in *Munus*, 2011, 567, che sottolinea che a tale conclusione si giunge considerando che la fonte istitutiva è di rango regolamentare anziché legislativo (come avviene per tutte le Autorità indipendenti) e che i membri di cui si compone l'ANVUR sono scelti dal Ministro, in un elenco di massimo 15 nomi predisposto da un comitato appositamente costituito con decreto del Ministro stesso.

[57] Come ha evidenziato anche M. Ramajoli, in *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, cit., a fronte delle molteplici funzioni, tra loro non sempre omogenee, che sono state attribuite via via ad ANVUR, v'è chi ha ipotizzato che «stante la perdurante assenza di una necessaria ristrutturazione dell'apparato ministeriale, l'insieme dei compiti di cui l'Agenzia risulta incaricata le consenta di svolgere un effettivo ruolo di governo del sistema». Tale osservazione la si deve a F.G. Scoca, *Considerazioni iniziali sulla riforma universitaria del 2010*, in F. Roversi Monaco (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi e il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010*, n. 240, Bologna, 2013, 8.

La struttura ed il funzionamento dell'Agenzia, in attuazione di quanto disposto dal comma 140 dell'art. 2 della l. 24 novembre 2006, n. 286[58], sono disciplinati dal D.P.R. n. 76 del 2010[59].

Con l'entrata in vigore di tale regolamento, e contestualmente all'effettiva operatività dell'ANVUR, sono stati soppressi quegli organi che si occupavano, già in precedenza, di valutare la ricerca di università ed enti[60], con particolare riferimento a: il Comitato di Indirizzo per la Valutazione della Ricerca (CIVR), il Comitato Nazionale per la Valutazione del Sistema Universitario (CNVSU), il Comitato di Valutazione[61], il Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) e il Comitato di Valutazione[62] dell'Agenzia Spaziale Italiana (A.S.I.).

La valutazione è stata, quindi, posta in capo ad un'unica agenzia – l'ANVUR per l'appunto – che ha iniziato a gestire in modo accentrato le valutazioni delle *performance* relative alle università e alla ricerca.

La struttura interna di ANVUR ed il suo funzionamento sono stati predisposti al fine di garantire il più possibile i principi ispiratori e fondatori dell'agenzia, che ne indirizzano l'operato: indipendenza[63], imparzialità, professionalità e trasparenza[64].

Come è evidente ai più, l'Agenzia non ha un compito facile. Valutare la qualità della ricerca e della didattica delle Università e degli enti di ricerca italiani

---

[58] Il comma 140 dell'art. 2 del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito con modificazioni dalla l. 24 novembre 2006, n. 286, 2006, stabilisce che con regolamento, emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dell'Istruzione, dell'università e della ricerca, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono disciplinati la struttura e il funzionamento dell'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR), nonché i requisiti e le modalità di selezione dei componenti dell'organo direttivo. la nomina e la durata in carica dei componenti dell'organo direttivo.

[59] D.P.R., 1 febbraio 2010, n. 76, Regolamento concernente la struttura ed il funzionamento dell'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR), adottato ai sensi dell'articolo 2, comma 140, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286.

[60] Art. 141, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262.

[61] Comitato di Valutazione previsto dall'art. 10 del d.lgs. 4 giugno 2003, n. 127, Riordino del Consiglio Nazionale delle Ricerche (C.N.R.).

[62] Comitato di Valutazione previsto dall'art. 10 del d.lgs. 4 giugno 2003, n. 128, Riordino dell'Agenzia Spaziale Italiana.

[63] Di particolare interesse sono i rilievi svolti da A. Marra, *La valutazione del sistema universitario e il ruolo dell'ANVUR*, cit., relativamente alla scelta di ricorrere alla forma dell'agenzia. In tale contributo è messo in rilievo che non è sufficiente invocare il mancato ricorso al presunto modello dell'autorità indipendente per conseguirne automaticamente la mancanza di indipendenza. Dopo un'attenta analisi della normativa, con particolare riferimento alla legge n. 262/2006 e al regolamento 76/2010, osserva che queste ultime non «configurano espressamente l'ANVUR come indipendente, ma semplicemente come un'Agenzia dotata di personalità giuridica e di un certo grado di autonomia». Alle medesime conclusioni era già giunto A. Travi, *Organi consultivi e processi decisionali dopo la riforma universitaria*, cit., dove si legge che, tramite ANVUR, «il Ministero dispone così di un proprio organismo di consulenza altamente qualificato per l'istruzione universitaria».

[64] Sempre in tema, si veda L. Casini, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2003, pp. 393 ss.; F. Merloni, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. Pubbl.,* 1999, pp. 717 ss.

è un risultato molto complesso da raggiungere e per arrivare al quale è necessario portare avanti molteplici e differenti attività.

Pur non approfondendo ulteriormente l'analisi di ANVUR, è tuttavia opportuno sottolineare che – nonostante il richiamo esplicito tra i principi ispiratori dell'indipendenza oltre che dell'autonomia dell'Agenzia – gran parte della dottrina è dell'avviso che ANVUR non possa essere definita una agenzia pienamente indipendente[65].

5.3. *La VQR 2011-2014*

La terza esperienza italiana di valutazione della qualità della ricerca è stata la VQR 2011-2014, avviata dal D.M. 27 giugno 2015, n. 458. Il relativo bando non venne pubblicato immediatamente nella veste definitiva, ma fu pubblicato inizialmente in una versione provvisoria l'8 luglio 2015 e reso accessibile al fine di raccogliere rilievi, commenti e suggerimenti della comunità scientifica[66].

Anche sulla base dei commenti ricevuti (almeno dichiaratamente), è stato, poi, pubblicato il bando definitivo, dal quale emerge in modo spiccato una linea di continuità con la precedente esperienza della VQR 2004-2010, sebbene con alcune differenze[67].

Per ognuna delle aree oggetto di valutazione, sono stati creati dei Gruppi di Esperti Valutatori (GEV), il cui numero assegnato ad ogni area è stato stabilito da ANVUR, tenuto conto del numero di prodotti da valutare attesi[68]. Il nume-

[65] Si veda sul punto A. Travi, *Organi consultivi e processi decisionali dopo la riforma universitaria*, cit. dove viene evidenziato che la mancata piena indipendenza dal Ministero è testimoniata sia dal fatto che i membri del Consiglio Direttivo sono nominati con DPR su proposta del Ministro, sia dal fatto che i metodi di valutazione, gli indicatori e parametri della valutazione sono individuati da un decreto ministeriale, in particolare dal D.M. del 27 giugno 2015, n. 458.

[66] La comunità scientifica ha avuto una finestra temporalmente piuttosto ristretta per poter presentare le proprie osservazioni sul bando provvisorio. Nelle tre settimane a disposizione, dall'8 luglio 2015 al 27 luglio 2015, sono pervenute 140 segnalazione alle quali ANVUR ha tentato di dare risposta sebbene in un documento pubblicato contestualmente al bando definitivo. Tale documentazione è, ad oggi, reperibile sul sito *www.anvur.it.*

[67] Rispetto alla precedente valutazione le principali variazioni sono le seguenti: il numero dei panel, che venne aumentato di due, passando da 14 a 16, al fine di creare aree di valutazione più omogenee, che hanno visto il coinvolgimento di 400 esperti; il numero dei prodotti che ogni addetto alla ricerca ha dovuto sottomettere alla valutazione è stato ridotto, anche in considerazione della minor durata (da sette a quattro anni) dell'arco temporale oggetto della valutazione. Sono state, inoltre, meglio specificate le riduzioni del numero di prodotti da sottoporre a valutazione legate alla data di assunzione del soggetto e nei casi in cui il soggetto valutato sia incaricato di svolgere attività amministrativa (ad es. il rettore, il direttore di dipartimento) o sia entrato in maternità; la scala di valutazione passa dalle precedenti 4 modalità a 5, che vanno da una valutazione di eccellente, passando per elevata, discreta, accettabile e limitata.

[68] Il numero di prodotti da sottomettere alla valutazione per ogni addetto alla ricerca è state fissato dal bando in due per gli addetti alla ricerca strutturati nelle università e in tre per gli strutturati negli enti di ricerca. In quest'ultimo caso il numero di prodotti è stato, quindi, aumentato di una unità anziché duplicato.

ro complessivo di esperti valutatori è stato pari a 400[69], pur con la possibilità, nel caso di particolare eterogeneità disciplinare, di costituire dei sub-GEV che siano in possesso di specifiche competenze disciplinari.

Per quanto concerne il numero di prodotti da sottoporre a valutazione, è di particolare interesse evidenziare la decisione di non differenziare il quantitativo di prodotti tra le aree. Tale soluzione, che presta il fianco a diverse critiche, è stata consapevolmente preferita da ANVUR, che nel bando ha espressamente «ritenuto di non diversificare il numero di prodotti in relazione all'area scientifica, come pure il DM consentirebbe, perché una diversa attribuzione del numero di prodotti ad aree diverse avrebbe in sé elementi di arbitrarietà difficili da giustificare».

5.4. *Segue: i criteri e il processo di valutazione dei prodotti della ricerca*

Posto che il fine della VQR è, per l'appunto, quello di valutare la qualità della ricerca, assumono rilievo centrale i criteri di valutazione prescelti in quanto ritenuti idonei ad una misurazione della stessa. Tali criteri sono stati definiti dai GEV, di concerto con ANVUR, e sono pubblicati da quest'ultima nell'apposito "documento sui criteri", uno per ogni area tematica.

Prima di indagare quali siano i criteri generali di valutazione e di analizzare, in particolare, quali siano quelli espressamente stabiliti dal GEV dell'area 12, cioè dell'area delle Scienze giuridiche, occorre ricordare che le metodologie di valutazione che sono state previste dall'ultima VQR sono la valutazione diretta, anche utilizzando l'analisi bibliometrica, che, com'è noto, si fonda sia sul numero di citazioni sia sull'*impact factor* della rivista che ospita il prodotto valutato, e la *peer review*, affidata ad almeno due esperti esterni per ogni prodotto, selezionati dal GEV di riferimento, ai quali è stato dato il compito di esprimersi in merito alla qualità dei prodotti selezionati.

Sebbene ai GEV fosse lasciata una relativa libertà nel definire la percentuale finale di prodotti della ricerca da valutare con *peer review*, tuttavia, il bando della VQR 2011-2014 ha espressamente imposto – senza alcuna distinzione tra aree – che almeno la metà più uno dei prodotti presentati in ogni area fosse valutata con tale modalità.

I criteri che sono stati prescelti come indicatori della qualità della ricerca scientifica e che, quindi, hanno mosso la valutazione sono essenzialmente tre: originalità, rigore metodologico e impatto attestato o potenziale.

[69] In particolare il numero dei componenti dei Gruppi di Esperti della Valutazione è stato il seguente: Area 1: 22; Area 2: 33; Area 3: 22; Area 4: 15; Area 5: 33; Area 6: 58; Area 7: 20; Area 8-a: 14; Area 8-b: 9; Area 9: 33; Area 10: 36; Area 11-a: 25; Area 11-b: 6; Area 12: 32; Area 13: 31; Area 14: 11.

Per originalità si intende «il livello al quale il prodotto introduce un nuovo modo di pensare in relazione all'oggetto scientifico della ricerca[70]», distinguendosi così dagli approcci precedenti allo stesso oggetto.

Per rigore metodologico si intende «il livello al quale il prodotto presenta in modo chiaro gli obiettivi della ricerca e lo stato dell'arte nella letteratura, adotta una metodologia appropriata all'oggetto della ricerca e dimostra che gli obiettivi sono stati raggiunti».

Infine, per impatto attestato o potenziale nella comunità scientifica internazionale di riferimento si intende «il livello al quale il prodotto ha esercitato, o è suscettibile di esercitare in futuro, un'influenza teorica e/o applicativa su tale comunità, anche in base alla capacità di rispettare standard internazionali di qualità della ricerca».

I revisori della *peer review* incaricati dai GEV hanno, quindi, valutato ciascun prodotto attribuendogli una valutazione numerica per ciascuno dei tre criteri sopra esposti e hanno altresì redatto un giudizio sintetico finale per ogni prodotto valutato. Il livello di qualità finale del singolo prodotto è stato, poi, definito attraverso una regola di composizione dei singoli punteggi all'uopo stabilita[71].

Per la valutazione attraverso algoritmi bibliometrici, invece, è stata identificata la produzione scientifica dell'area con il contenuto dei *data base* bibliometrici utilizzati a livello di *subject category*[72] e ASJC[73]. Tali algoritmi sono stati calibrati al fine di rispettare le percentuali identificate nei livelli di qualità, di cui si dirà nel prosieguo. La valutazione bibliometrica[74], in ogni caso, associa a un dato numero di citazioni, un dato livello qualitativo[75].

---

[70] Punto 2.6.1 del bando di partecipazione alla Valutazione dalla Qualità della Ricerca 2011-2014 (VQR 2011-2014) nella versione riveduta e approvata per la pubblicazione dal Consiglio Direttivo ANVUR in data 11 novembre 2015.

[71] Di particolare interesse sono alcuni contributi che si soffermano sulla comparazione e sul raffronto tra i risultati della valutazione tra pari e i risultati della valutazione bibliometrica di un medesimo prodotto. Si segnala in particolare A. Baccini, C. De Nicolao, *Errors and secret data in the Italian research assessment exercise. A comment to a reply*, in *A Journal on Research Policy & Evaluation*, 1, 2017. Per quanto concerne, invece, la regola di composizione del punteggio adottata, si rinvia al successivo paragrafo 6.1.

[72] Per *subject category* si intende un'area scientifica omogenea per oggetto di indagine e metodo.

[73] *All Science Journal Classification*, *ASJC* in Scopus.

[74] Com'è noto, è da tempo in atto un dibattito tra gli studiosi di vari discipline in ordine agli aspetti positivi e negativi della valutazione bibliometrica. Ad esempio, V. Baccini, *Valutare la ricerca scientifica*, Bologna, 2010 evidenzia l'utilità dei risultati di una valutazione bibliometrica quando ben costruita; mentre F. Magris, *La concorrenza nella ricerca scientifica*, Milano, 2012, mette in luce le criticità di tale metodologia.

Nel rammentare entrambe le posizioni, G. Della Cananea, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico*, cit., da un lato, conviene sul punto che degli indicatori bibliometrici possano, quando correttamente elaborati ed applicati, rappresentare un correttivo ad un giudizio che altrimenti sarebbe inevitabilmente soggettivo, per quanto espressione di valutazioni tecniche, dall'altro lato, afferma che «sarebbe il più grave degli errori comportarsi come se tali valutazioni fossero realmente oggettive e potessero trasferire informazioni relative al contenitore nel giudizio relativo al contenuto.

[75] Per delle ulteriori considerazioni in ordine alle criticità di una valutazione bibliometrica si veda, *ex multis*, P. Vinkler, *The Evaluation of Research by Scientometric Indicators*, Oxford 2010; A. Baccini, *Valutare*

Per la VQR 2011-2014, il D.M. 27 giugno 2015 n. 458, recante le «Linee guida valutazione qualità della ricerca (VQR) 2011 – 2014» ha previsto, al secondo comma dell'art. 5, cinque differenti livelli qualitativi. Nello specifico:

- eccellente (peso 1): il prodotto ha raggiunto massimi livelli per originalità e rigore metodologico e ha avuto un forte impatto sulla comunità scientifica di riferimento;
- elevato (peso 0,7): il livello sia di originalità che di rigore metodologico è indubbiamente elevato e il prodotto ha avuto un impatto significativo sulla comunità scientifica di riferimento;
- discreto (peso 0,4): la pubblicazione ha raggiunto livelli discreti di originalità e rigore metodologico e ha avuto un impatto apprezzabile nella comunità scientifica di riferimento;
- accettabile (peso 0,1): il prodotto ha raggiunto sufficienti livelli di originalità e rigore metodologico e un impatto circoscritto sulla comunità scientifica di riferimento;
- limitato (peso 0): il livello di originalità e rigore metodologico conseguito dal prodotto è scarso e l'impatto sulla comunità scientifica è molto limitato.

Poste tali classificazioni, tuttavia, nei casi in cui la valutazione attribuita in ciascuno dei tre criteri (originalità, rigore metodologico e impatto attestato o potenziale) si rivelò fortemente discordante, la stessa venne composta secondo regole di classificazione definite da ciascun GEV.

5.5. *La VQR 2011-2014: i criteri e il processo di valutazione delle Istituzioni e dei Dipartimenti*

I risultati della valutazione dei singoli prodotti vennero, poi, aggregati per ciascuna Istituzione e Dipartimento, in tre differenti profili di qualità e in un profilo complessivo.

I tre profili di qualità sono:

- un profilo di qualità dei prodotti della ricerca, anche distinto per area, per settore concorsuale e per settore scientifico-disciplinare, espresso come distribuzione percentuale nei cinque livelli qualitativi dei prodotti attesi dagli addetti alla ricerca nel periodo oggetto di valutazione;
- un profilo di qualità dei prodotti della ricerca, anche distinto per area, per settore concorsuale e per settore scientifico-disciplinare, espresso come di-

la ricerca scientifica. Uso e abuso degli indicatori bibliometrici, Bologna 2010; A. Banfi, *Un caveat per apprendisti stregoni bibliometrici. Ancora a proposito di bibliometria, scienze umane e procedure di valutazione in Italia*, in *ASTRID Rassegna* 14, 1, 2014.

stribuzione percentuale nei cinque livelli qualitativi dei prodotti attesi dagli addetti alla ricerca che, nel periodo 2011-2014, sono stati assunti dall'Istituzione o sono transitati al suo interno in una fascia o ruolo superiore;

- un profilo di competitività dell'ambiente di ricerca che, per le Università, deve intendersi come la capacità di attirare finanziamenti competitivi internazionali e statali e le caratteristiche dell'offerta formativa dei corsi di dottorato; per gli enti di ricerca, deve intendersi come la capacità di attirare finanziamenti competitivi internazionali e statali e l'attivazione di dottorati in collaborazione con le università.

A partire da questi tre differenti profili qualitativi, venne calcolato il profilo di qualità complessivo dell'università o dell'istituzione. Tuttavia, ad ogni singolo profilo fu attribuito un peso differente, con una netta preminenza per il primo profilo che influisce nella misura del 75% sulla valutazione complessiva, mentre il secondo e il terzo profilo influiscono sulla valutazione finale rispettivamente nella misura del 20% e del 5%.

Per quanto riguarda la qualità delle pubblicazioni, per settore concorsuale e per settore scientifico-disciplinare vennero calcolati ulteriori indicatori sintetici relativamente a ciascuna Istituzione e dipartimento. In particolare si tratta degli indicatori IRAS[76] (in particolare IRAS1 ed IRAS2), dell'indicatore R[77] e dell'indicatore X[78].

Per quanto concerne, invece, il terzo profilo di qualità, cioè quello relativo alle caratteristiche dell'ambiente della ricerca, vengono calcolati gli indicatori IRAS3[79], IRAS4[80] ed IRAS5[81].

Mentre gli indicatori *R* e *X* rilevano per la costituzione della graduatoria delle istituzioni a livello di area, settore concorsuale e SSD, nella valutazione finale

[76] Si tratta, in questo caso, degli indicatori quali-quantitativi IRAS, distinti in IRAS1, con peso pari a 0,75, misurato come rapporto tra la somma delle valutazioni ottenute dai prodotti presentati dall'Istituzione nell'Area e la valutazione complessiva di Area, e IRAS2, calcolato come l'IRAS1 ma relativo al sottoinsieme delle pubblicazioni e dei prodotti degli addetti alla ricerca che, nel periodo oggetto di valutazione, sono stati reclutati dall'Istituzione o in essi incardinati in una fascia o ruolo superiore.

[77] L'indicatore qualitativo *R* è calcolato come il rapporto tra il voto medio che è stato attribuito ai prodotti dell'Istituzione in una data area e il voto medio di tutti i prodotti dell'Area

[78] L'indicatore qualitativo *X* è calcolato come il rapporto tra la percentuale di prodotti valutati come eccellenti dell'Istituzione in una data area e la percentuale di prodotti eccellenti dell'Area.

[79] L'indicatore quali-quantitativo di attrazione risorse IRAS3, con peso 0,01 è calcolato come la percentuale, rispetto al valore complessivo dell'area, che rappresenta la somma dei finanziamenti ottenuti dall'istituzione o dal dipartimento ottenuti partecipando a bandi competitivi per progetti di ricerca, sia nazionali che internazionali.

[80] L'indicatore quali-quantitativo di alta formazione IRAS4, con peso 0,01, calcolato come il numero di studenti di dottorato e iscritti a scuole di specializzazione di area medica e sanitaria, assegnisti di ricerca, borsisti post-doc, espresso come percentuale del valore complessivo dell'area.

[81] L'indicatore quali-quantitativo di miglioramento IRAS5, con peso 0,03 che indica il miglioramento della posizione dell'istituzione nella distribuzione dell'indicatore *R*.

delle istituzioni, finalizzata alla distribuzione della quota premiale del Fondo di Finanziamento Ordinario (FFO), assunsero rilievo gli indicatori IRAS da 1 a 5.

6. *La Valutazione della Qualità della Ricerca nell'area giuridica*

Delle 16 aree in cui si è suddivisa la VQR 2011-2014, l'Area 12 è l'area dedicata alle materie giuridiche. Come stabilito dal bando, per ciascuna Area vennero pubblicati i relativi Criteri di valutazione dei prodotti della ricerca. Il documento relativo all'Area 12 delineò con precisione l'area scientifica, enumerandone i relativi settori scientifico-disciplinari, settori concorsuali e settori ERC, e stabilì la composizione e l'organizzazione interna del GEV in sub-GEV e le regole di funzionamento. Il medesimo documento definì altresì i metodi di valutazione e le tipologie di pubblicazioni valutabili, le procedure di individuazione dei revisori esterni, i criteri di valutazione e i livelli di giudizio specifici dell'area, individuando anche i casi di conflitto di interesse.

In particolare, il GEV 12, composto da 32 esperti, si occupò della valutazione dei prodotti della ricerca afferenti a determinati settori scientifico-disciplinari, settori concorsuali e settori ERC.

Il GEV12 è stato poi ulteriormente suddiviso in tre Sub-GEV, relativi rispettivamente all'Area privatistica, all'Area pubblicistica e all'Area internazional-comparatistica, giusfilosofica e storico-giuridica, ai quali, sulla base del settore scientifico-disciplinare (SSD), vennero assegnati i prodotti presentati per la valutazione.

6.1. *Modalità di valutazione della ricerca nell'Area giuridica, un commento critico*

Sebbene la VQR 2011-2014 abbia previsto due differenti metodologie di valutazione – la *peer review*[82] e una valutazione diretta effettuata attraverso un'analisi bibliometrica –, nell'Area giuridica l'unico metodo di valutazione utilizzato fu il primo.

La valutazione di ogni prodotto[83] afferente a tale area venne, quindi, effettuata da almeno due revisori esterni, ognuno dei quali scelto da due membri

[82] Come evidenziato in G. Della Cananea, *Distingue frequenter*, cit., tale scelta è assonante con la posizione comune emersa nello spazio giuridico europeo, che allo stato attuale esclude l'utilizzo degli indicatori bibliometrici. Ne discende con evidenza che «la qualità degli esperti e la loro indipendenza divengono così condizioni indispensabili del rigore dell'intero processo».

[83] Di particolare interesse è il fatto che nella valutazione dei prodotti della ricerca dell'area giuridica, come emerge dalla relativa relazione finale, «con specifico riguardo agli articoli su riviste scientifiche, non si è data

diversi del gruppo di valutatori e, solo in via residuale, da una valutazione diretta da parte dello stesso GEV, che poteva svolgere internamente una *peer review* con le stesse modalità[84].

Dal documento sui criteri di valutazione dell'Area 12 emerse con forza l'intenzione di rendere il più possibile anonima l'identità dei revisori incaricati di effettuare la valutazione dei prodotti della ricerca. Venne, infatti, esplicitata la necessità di porre una «grande attenzione» a tal fine, sia nella fase di predisposizione dell'elenco dei revisori esterni, sia nella fase operativa di valutazione. Solo una volta conclusa la valutazione[85], venne reso pubblico l'elenco nominativo dei revisori, senza tuttavia mai rivelare l'associazione tra valutazione dei prodotti e revisore valutatore.

Anonimato che, invece, non venne garantito ai prodotti della ricerca oggetto di valutazione, la cui paternità non fu oscurata. Sebbene ciò possa sembrare una regressione rispetto al processo "a doppio cieco" utilizzato per la valutazione *peer* dalle riviste scientifiche di classe A, trattandosi di prodotti della ricerca già pubblicati, oscurarne l'autore sarebbe poco più di una finzione.

Difatti, proprio perché i revisori sono scelti «tra gli studiosi e gli specialisti più autorevoli e qualificati» delle discipline cui appartengono i prodotti da valutare, che siano scientificamente attivi durante il periodo oggetto della VQR, l'anonimato della paternità del prodotto che un revisore esterno deve valutare non pare possa essere garantita. Se, infatti, da un lato, è fisiologico che gli studiosi «più autorevoli e qualificati» conoscano o monitorino la dottrina che, nelle aree di loro interesse, viene pubblicata, dall'altro lato, anche nel caso non fosse loro già noto l'autore di un determinato prodotto della ricerca, lo stesso sarebbe facilmente individuabile con il supporto delle banche dati.

Ciò, preme specificarlo, non vuol dire che l'operato dei valutatori, chiamati a svolgere una funzione con finalità di pubblico interesse, sia automaticamente

---

alcuna predeterminata rilevanza al relativo *ranking*, che per altri fini (ad es. Abilitazione Scientifica Nazionale) pure è ormai invalso come riferimento condizionante la rilevanza o meno di un articolo: ai fini della VQR il giudizio qualitativo sugli articoli non è stato in alcun modo vincolato, neanche nella forma più blanda di chiedere ai revisori di motivare quando il giudizio non corrispondesse con il livello della rivista su cui l'articolo è pubblicato».

[84] Ad esempio, nel caso in cui le valutazioni dei valutatori esterni di uno stesso prodotto siano fortemente divergenti. Sul punto sono particolarmente interessanti i dati statistici relativi alle divergenze riscontrate tra *peer reviewer* in sede di valutazione. Solo il 34,80 % dei prodotti valutati ha ricevuto valutazioni concordanti da parte di entrambi i revisori, il 45,75% dei prodotti valutati presentava valutazioni discordanti di una classe, il 15,81 dei prodotti, invece, presentava uno scarto di due classi tra le valutazioni, il 3,27% uno scarto di ben tre classi e lo 0,37% presentava valutazioni discordanti di ben 4 classi.

Sono statistiche che certamente pongono diversi interrogativi in merito alla soggettività delle valutazioni qualitative dei prodotti della ricerca, da un lato, e anche dalle modalità di selezione dei revisori, d'altro lato.

[85] I criteri di valutazione dell'Area giuridica, al punto 5.1, hanno espressamente previsto l'obbligo di rendere pubblico l'elenco nominativo dei revisori entro e non oltre 30 giorni dalla pubblicazione del rapporto finale della VQR.

in qualche modo distorta ma non si può negare che non si sia del tutto al riparo da fenomeni distorsivi.

La scelta di non rendere pubblica l'associazione tra revisori e soggetti valutati ha mosso diverse critiche in quanto ha privato, almeno in parte, l'operazione complessiva di un profilo di trasparenza. Trasparenza che, seppur parzialmente garantita una volta concluso l'esercizio di valutazione, avrebbe maggiormente responsabilizzato i soggetti valutatori[86].

Il GEV 12 ha predisposto l'elenco dei revisori esterni a partire dall'elenco dei revisori REPRISE[87] del MIUR e ha contestualmente aperto pubblicamente la candidatura di studiosi italiani e stranieri in possesso di determinate caratteristiche[88], tenendo in considerazione anche eventuali esperienze pregresse di valutazione.

Oltre ai nominativi così selezionati, per tutta la durata della valutazione è stato possibile al coordinatore chiedere ai componenti del GEV di proporre direttamente un numero significativo di studiosi qualificati disponibili ad effettuare la valutazione. La lista è stata, in questo modo, rivista, corretta e integrata per tutta la durata della valutazione.

Ancora il bando, nel tentativo di garantire imparzialità della valutazione, dichiarava l'intenzione di utilizzare «ove possibile, revisori che operano in università e istituzioni straniere e siano studiosi qualificati e in grado di conoscere la lingua del prodotto da valutare». Dalla stessa formulazione emerge con evidenza che la strada della valutazione da parte di un revisore straniero, per questo apparentemente più al riparo dai fenomeni distorsivi che qualsiasi valutazione può comportare (soprattutto se ha ad oggetto prodotti già pubblicati e quindi facilmente riconducibili al relativo autore), potrebbe essere solo marginale.

Infatti, soprattutto in alcuni settori di area giuridica, si tratta di valutare prodotti che sono, almeno per la maggior parte, fortemente legati alla legislazione e alla giurisprudenza nazionale, scritti in una lingua che non è tra quelle considerate di diffusione internazionale. Inoltre, il novero di tali soggetti sarebbe ulte-

---

[86] Per un approfondimento critico sulla posizione del valutatore che conosce l'identità del soggetto da valutare ma che si esprime in forma anonima si veda M. Ramajoli, *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca,* cit., in cui si sottolinea che «il rischio di arbitrarietà delle valutazioni è evidentemente accentuato dall'anonimato garantito ai revisori, in contrasto con la regola aurea del "doppio cieco", senza la quale la *peer review* non può dirsi immune da deviazioni personalistiche dei giudizi». E ancora che «l'anonimato del valutatore impedisce di sottoporre la valutazione dal medesimo effettuata al giudizio della comunità scientifica, impedendo così l'individuazione e l'assunzione di responsabilità di chi opera per lo Stato valutatore».

[87] REPRISE è un registro del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca che raccoglie esperti revisori per la valutazione scientifica della ricerca italiana. I nominativi sono raccolti tramite autocandidatura.

[88] La candidatura era aperta a studiosi italiani e stranieri «che abbiano almeno cinque pubblicazioni negli ultimi cinque anni fra quelle valutabili nella presente VQR e che siano strutturati nei ruoli universitari (ordinari, associati, ricercatori, ricercatori a tempo determinato), emeriti o già strutturati nei suddetti ruoli universitari negli ultimi dieci anni, o che rivestano equivalenti posizioni se afferenti a istituzioni straniere o ad enti pubblici di ricerca».

riormente da restringere a quei soggetti che, oltre a comprendere l'italiano, si siano occupati di determinate tematiche e per questo possano valutare il prodotto sottopostogli in quanto conoscitori del contesto in cui si inserisce[89].

Passando, poi, all'aspetto pratico della valutazione, ad ogni revisore è stata fornita una scheda, ideata per consentire l'attribuzione al prodotto valutato di un punteggio per ciascuno dei tre criteri di valutazione individuati dal bando (originalità, rigore metodologico e impatto attestato o potenziale) e contenente un apposito spazio da compilare con un breve giudizio riassuntivo che dia conto delle tre valutazioni assegnate[90]. Tali valutazioni sono state poi tradotte dal GEV, sulla base di una scala predeterminata[91], in uno dei cinque livelli qualitativi previsti dal bando (eccellente, elevato, discreto, accettabile, limitato).

Nell'eventualità in cui il risultato della valutazione dei revisori di un singolo prodotto fosse fra loro molto distante o incompatibile, il GEV stesso ha valutato nuovamente il prodotto sottoponendolo a un c.d. "Gruppo di consenso" interno creato dal sub-GEV per ciascun settore scientifico-disciplinare. Il gruppo di consenso, al fine di attribuire un punteggio finale al prodotto posto alla sua attenzione in seguito a un giudizio difforme, poteva proporre una valutazione utilizzando la metodologia del *consensus report* motivato o, in caso di valutazione dei *peer* fortemente divergente, poteva anche avvalersi di un terzo valutatore[92].

---

[89] Come emerge dalla relazione finale, il GEV 12 ha specificamente affrontato la questione relativa all'opportunità e alle modalità di coinvolgimento di revisori stranieri. La soluzione adottata è stata, infine, quella di «di coinvolgere revisori stranieri – anche se non qualificabili come esperti del dibattito giuridico italiano – limitatamente alla valutazione di prodotti che presentino determinate caratteristiche (es. lingua straniera del contributo da valutare, argomento che sia inquadrabile in un dibattito sovranazionale e per il quale non rilevino profili di diritto interno). La soluzione è apparsa un buon punto di sintesi, che affida al componente GEV in sede di assegnazione del prodotto al revisore straniero la discrezionalità tecnica, e la connessa responsabilità, di verificare preliminarmente se tali caratteristiche siano effettivamente integrate in concreto.»

[90] Ciascun revisore nel valutare il singolo prodotto della ricerca ha dovuto tener conto esclusivamente del valore della pubblicazione, a prescindere dalla categoria di riferimento, consentendo l'accesso alla valutazione di eccellenza non solo alle monografie ma, ad esempio, anche alle note a sentenza. Per ciascuno dei criteri di valutazione è stato, quindi, assegnato un punteggio da 1 a 10 (10 eccellente, 8-9 elevato, 6-7 discreto, 3-5 accettabile e 1-2 limitato).

[91] La somma dei punteggi dati per ciascuno dei tre criteri ha consentito la riconduzione del prodotto a una delle cinque classi di merito sulla base delle seguenti corrispondenze: 27-30 eccellente, 22-26 elevato, 16-21 discreto, 8-15 accettabile e 3-7 limitato. È di particolare interesse sottolineare che nelle linee guida dedicate ai revisori venga previsto che «Nel caso in cui la classe di merito proposta non corrisponda alla percezione generale della qualità del prodotto valutato, il revisore potrà modificare i tre punteggi in modo tale da raggiungere una classificazione soddisfacente».

[92] Tra le prime sentenze in cui il Giudice amministrativo ha avuto occasione di confrontarsi con i risultati della VQR si segnala la sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. III, 24/11/2017, n. 11691. Il ricorrente ha contestato i giudizi assegnati in sede di VQR ai propri prodotti della ricerca, lamentando, in particolare, l'illegittimità del giudizio per contraddittorietà ed illogicità, per carente od omessa motivazione, per travisamento dei fatti e per ingiustizia manifesta. Dette valutazioni, che differivano di ben due classi di merito, non sono state composte dal GEV sottoponendole al giudizio di un terzo *peer reviewer* – come del resto sarebbe stato necessario fare a mente dei criteri valutativi – ma è stata accettata la classe di merito risultante dalla media delle due contrastanti valutazioni, vale a dire "discreto". In tale occasione il Giudice Amministrativo ha affermato il prin-

In caso di conflitto anche all'interno del Gruppo di consenso era previsto l'intervento del Coordinatore del Sub-GEV di riferimento o del GEV.

6.2. *Criteri di valutazione della ricerca nell'Area giuridica, un commento critico*

Il bando della VQR 2011-2014, come s'è detto, individuò come criteri di valutazione dei prodotti della ricerca l'originalità, il rigore metodologico e l'impatto attestato o potenziale sulla comunità scientifica di riferimento. Per ognuno di tali criteri vennero, poi, individuati degli indicatori specifici, al fine di renderli più facilmente applicabili all'area giuridica[93].

In altre parole chi ha definito le linee guida, cioè il GEV12 di concerto con l'ANVUR, ha dovuto rispondere a tre domande particolarmente complesse: concretamente, come si manifesta l'originalità in un prodotto di ricerca giuridica? Cosa deve intendersi per rigore metodologico? In cosa consiste l'impatto attestato o potenziale sulla comunità scientifica? E ancora: come possono essere graduati questi tre criteri al fine di dare una valutazione il più possibile oggettiva e, quindi, raffrontabile?

Non sono certamente quesiti di facile soluzione, né si può dare ad essi, almeno a parere di chi scrive, una risposta univoca o universalmente corretta, in quanto le risposte che avrebbero potuto darsi e quelle che sono state effettivamente date, sono in ogni caso influenzate/influenzabili da diversi e innumerevoli fattori, che non per forza sono indici positivi di qualità in generale o più specificamente di impatto, rigore metodologico od originalità di un contributo scientifico.

Il GEV12 ha, quindi, ritenuto fosse un indicatore utile, al fine di valutarne:

a) l'originalità, accertare se e in che misura il contributo:

- «presenti nuove acquisizioni, ad esempio rispetto a fonti normative, dottrinali o giurisprudenziali, o a temi di ricerca giuridica, anche interdisciplinare, prima sconosciuti o meno approfonditi;

cipio secondo cui, qualora i giudizi dei due revisori siano in aperto disaccordo in ordine alla classe di merito da assegnare ad un prodotto della ricerca oggetto di valutazione VQR, è necessaria la valutazione di un terzo revisore, a meno che il GEV non motivi espressamente in merito ai motivi che l'hanno portato a ritenere sufficiente una composizione dei due giudizi discordanti.

[93] In tema di criteri individuati ai fini della valutazione dei prodotti della ricerca non può essere dimenticato che, ponendo come presupposto la bontà dei criteri individuati, la valutazione tra ari non è immune da difetti. Come – condivisibilmente – ha evidenziato G. Della Cananea*, Distingue frequenter*, cit., «per quanto si possa cercare di mettere a punto criteri di massima, ai quali ciascun revisore deve attenersi, i giudizi restano soggettivi. La rilevanza, l'originalità e (soprattutto) il grado di internazionalizzazione di un lavoro scientifico possono essere diversamente valutati».

- sviluppi argomentazioni critiche rispetto all'ordine teorico o al contesto storico-giuridico preesistente, utili all'avanzamento e/o approfondimento delle conoscenze nel settore di riferimento e/o per la scienza in generale;
- ancora si confronti adeguatamente con il diritto e la letteratura rilevante sul tema trattato, proponendo nuove linee interpretative anche su materiali noti;
- infine introduca o sviluppi metodologie innovative di analisi, che si prestino a essere applicate ad altri temi e/o problemi, contribuendo all'evoluzione dei concetti e delle teorie esistenti;
- [ritenendo altresì] privo di originalità il contributo di tipo prevalentemente compilativo, che si limiti a una rassegna di dati e opinioni già presenti in altre pubblicazioni».[94]

b) il rigore metodologico, accertare se e in che misura il contributo:
- «si caratterizzi per il ricorso ad una metodologia adeguata alla tipologia e all'oggetto della trattazione secondo lo stato dell'arte, come tale utilizzabile anche da altri studiosi che volessero trattare lo stesso o un tema analogo;
- applichi tale metodologia in modo rigoroso, ad esempio in relazione: all'uso appropriato delle fonti e della documentazione utilizzata; alla coerenza nello sviluppo delle argomentazioni; alla capacità di mettere in relazione l'oggetto della trattazione, le sue finalità e le sue eventuali ricadute teoriche e/o applicative».[95]

c) *l'impatto attestato o potenziale* nella comunità scientifica internazionale di riferimento, accertare se e in che misura il contributo:
- «sia frutto d'una collaborazione esplicita con ricercatori e gruppi di ricerca di altri Paesi (p.es. all'interno di progetti internazionali);
- abbia avuto, o possa avere, una diffusione nella comunità scientifica in altri Paesi per ragioni linguistiche (pubblicazione o traduzione in altra lingua) o editoriali (presenza in raccolte di scritti internazionali o in riviste a diffusione internazionale) o di interesse suscitato (p. es. per via delle recensioni o dei riferimenti nella letteratura scientifica di altri Paesi);
- per i suoi caratteri strutturali – p.es. temi e/o questioni trattate, implicazioni teoriche e/o metodologiche, eventuale interdisciplinarietà, eventuale capacità di dialogo con la ricerca internazionale e di confronto con altri ordinamenti – debba essere considerato rilevante per la ricerca attuale e futura dell'ambito scientifico di riferimento e di conseguenza risulti un riferimen-

[94] Punto 6.2 dei Criteri per la valutazione dei prodotti di ricerca Gruppo di Esperti della Valutazione dell'Area giuridica.

[95] Punto 6.2, p. 13 dei Criteri per la valutazione dei prodotti di ricerca Gruppo di Esperti della Valutazione dell'Area giuridica.

to di prim'ordine, o comunque importante, o ancora almeno utile a chi, anche straniero, dovesse occuparsi del tema».[96]

Se è pacifico che originalità e rigore metodologico siano quanto meno presupposti di un prodotto di ricerca che abbia profili qualitativi apprezzabili, lo stesso non si ritiene si possa affermare per quanto concerne l'impatto attestato o potenziale nella comunità scientifica internazionale di riferimento.

Quest'ultimo criterio, infatti, non pare possa essere applicato all'area giuridica nel suo complesso, all'interno della quale sono incluse materie che – ontologicamente – non si prestano ad una diffusione internazionale[97].

Né si comprende perché mai la diffusione di un prodotto della ricerca, per il solo fatto che sia considerato da un pubblico differente dal Paese di appartenenza dell'autore del prodotto, sia da considerarsi indice di una migliore o più evidente qualità. Forse, più probabilmente, è indice dell'inserimento dello studioso in un migliore *network* relazionale che, sebbene sia un dato positivo, non è di per sé garanzia di migliore qualità. Oppure di una maggiore capacità di divulgazione.

E ciò pare ancor più evidente se si considerano gli indicatori elencati. Davvero non si comprende come la diffusione di un prodotto della ricerca in altri Paesi che dipenda da «ragioni linguistiche o editoriali», che evidentemente esulano dalla qualità del contenuto dello stesso, possano in qualche misura "pesare" nella relativa valutazione qualitativa.

Di più. È lo stesso documento dei criteri adottati dal GEV12 che, sebbene affermi chiaramente la convinzione – non condivisa da chi scrive – che «un ampliamento dell'attenzione al di là del contesto nazionale rappresenti un fattore rilevante ed un valore aggiunto per valutare la qualità di un contributo di ricerca giuridica»[98], pone in luce un ulteriore aspetto problematico di quest'ultimo criterio valutativo qualora applicato a un prodotto appartenente a un settore tradizionalmente ancorato al diritto positivo[99]. Difatti, come riconosciuto nel documento stesso, anche tali ambiti non possono vedersi precludere in radice la possibilità

[96] Punto 6.2, p. 14 dei Criteri per la valutazione dei prodotti di ricerca Gruppo di Esperti della Valutazione dell'Area giuridica.

[97] Il GEV 12 non ha ignorato tale criticità e ha precisato che anche tali ambiti non possono essere preclusi a priori dalla possibilità di attingere alle valutazioni di livello alto, se non si vuole creare una irrazionalità del complessivo sistema di valutazione, che sarebbe privato della necessaria *par condicio* di partenza fra tutte le aree valutabili a seconda della portata dell'area scientifica di riferimento, più o meno ancorata ai confini nazionali.

[98] P. 14, Criteri per la valutazione dei prodotti di ricerca Gruppo di Esperti della Valutazione dell'Area giuridica.

[99] Nello scritto di D. Gottardi, *Il processo di valutazione come obbligo e come opportunità, in Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, fasc. 3-4, 2016, 353, viene messo in evidenza un ulteriore profilo critico del criterio valutativo relativo all'impatto, vale a dire la difficoltà di soddisfare tale criterio da parte di quei prodotti della ricerca che, a causa dei continui cambiamenti legislativi – il calzante esempio di riferimento è alla normazione giuslavoristica –, sono esposti alla questione dello "scarto temporale" che nella VQR è piuttosto ampio.

di raggiungere valutazioni di alto livello, in quanto altrimenti, il criterio valutativo mancherebbe di razionalità e impedirebbe la necessaria *par condicio*.

Non si deve peraltro dimenticare che il bando della VQR 2011-2014 non ha comunque previsto che tale criterio dell'impatto sulla comunità di riferimento fosse da intendersi come impatto sulla sola comunità internazionale di riferimento. Al contrario, nella parte in cui vengono elencati i cinque livelli qualitativi viene espressamente fatto riferimento all'impatto sulla comunità nazionale e/o internazionale di riferimento.

Sebbene tale "falla" dei criteri di valutazione sia stata individuata, quanto meno dal GEV12, non pare, contrariamente a quanto affermato nel già citato documento dei criteri dell'Area giuridica, che possa essere una soluzione o quanto meno un aggiramento dell'ostacolo interpretare come pienamente soddisfatto tale criterio nei confronti di prodotti dal taglio nazionale «ogni volta che il prodotto – anche se abbia un taglio solo nazionale, ma pur sempre adeguato al tema e/o alle questioni trattate – per la qualità della sua trattazione possa essere consigliata a un ricercatore anche straniero che fosse interessato ad approfondire lo specifico tema oggetto del contributo.» E questo per l'evidente e banale motivo che non è un criterio in alcun modo adatto ad accertare il raggiungimento di particolari livelli di qualità.

7. *La Valutazione della Qualità della Ricerca: profili critici*

Questione centrale in tema di VQR che certamente meriterebbe l'attenzione della comunità scientifica ed in particolare degli studiosi di diritto pubblico è la natura stessa della valutazione. Qual è la natura della valutazione della qualità della ricerca? La valutazione in sé che tipologia di procedimento è?

Una parziale risposta pare averla fornita il Giudice Amministrativo in una delle prime sentenze in cui è venuto in rilievo il giudizio assegnato in sede di VQR ai prodotti della ricerca presentati da un professore universitario. Nella sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. III, del 24 novembre 2017, n. 11691, si legge, infatti, che «il giudizio valutativo espresso dai revisori nell'ambito del sistema di VQR (al pari di quello di ogni altra commissione concorsuale) è sindacabile dal giudice amministrativo solo negli stretti limiti in cui esso riveli profili evidenti di illogicità, irrazionalità e manifesta disparità di trattamento». In altre parole la VQR non sarebbe altro che un giudizio effettuato all'interno di una valutazione concorsuale.

L'ulteriore interrogativo che si pone è quale sia il soggetto che è sottoposto a valutazione, cioè se la valutazione della qualità della ricerca sia effettivamente

una valutazione dell'istituzione o del singolo[100]. La risposta a tale quesito porta con sé diverse conseguenze in punto di tutela: nel caso in cui la VQR sia considerata valutazione del singolo, quest'ultimo sarebbe certamente legittimato ad adire il giudice amministrativo; nel caso in cui la VQR sia valutazione dell'istituzione e non del singolo allora sarebbe quest'ultima ad avere un interesse diretto a richiedere la tutela in sede giurisdizionale[101].

Anche nel caso in cui si volesse ritenere la VQR mera valutazione della qualità della ricerca portata avanti dalle strutture e non dal singolo[102], tuttavia, ciò

[100] In G. Della Cananea, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico*, cit., effettuando un parallelo tra valutazione dei prodotti della ricerca ai fini della valutazione VQR e ai fini dell'abilitazione scientifica, viene sottolineato che «Nella VQR vengono valutate le strutture, mediante un giudizio di tipo relativo, ossia al fine di redigere una graduatoria. Nell'abilitazione scientifica, invece, sono valutati i titoli e le pubblicazioni presentati dalle persone, ossia gli aspiranti commissari e i candidati dell'abilitazione, con un giudizio di tipo assoluto per questi ultimi (il positivo superamento dei parametri quantitativi e qualitativi previamente stabiliti, diversamente da quanto accade in una procedura di valutazione comparativa), mentre per i primi assume rilievo l'essere collocati al di sopra della mediana (non la media) riferita al rispettivo settore concorsuale».

[101] Non si può, tuttavia, ignorare che nel primo caso in cui la VQR è passata al vaglio del Giudice amministrativo, la controversia è stata introdotta da un singolo ricercatore/Professore e non dall'istituzione. E non può nemmeno essere ignorato che il Giudice amministrativo in tale occasione non abbia eccepito alcuna carenza di interessa ma abbia, come s'è detto, superato tale problematica ed equiparato la valutazione VQR ad una valutazione concorsuale. Si conceda il rinvio a E. Furiosi, *La valutazione della qualità della ricerca (VQR) al vaglio del giudice amministrativo*, in *Foro Amministrativo*, Anno V, Fasc. 6, 2018. Certamente è un tema che merita di essere ulteriormente approfondito.

[102] Tale profilo viene toccato in una recente sentenza del giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi in ordine a un diniego opposto a una richiesta di accesso agli atti della Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR) per il periodo 2011-2014 da parte di un ricercatore di un'università romana che vi aveva preso parte. ANVUR ha negato l'ostensione degli atti assumendo «l'assenza di legittimazione e di interesse all'accesso in capo al ricorrente, in quanto la VQR, per definizione, non dovrebbe essere impiegata nelle procedure di valutazione comparativa dei ricercatori, bensì – in forma anonima ed aggregata – solo al fine di "determinare una graduatoria nazionale per area scientifica e per istituzione basata sugli indicatori del Bando che costituisca uno degli elementi su cui basare la distribuzione della quota premiale del Fondo di Finanziamento Ordinario delle università"».

Il Giudice amministrativo ha ritenuto non condivisibile la tesi dell'Autorità e, considerato che il ricercatore istante aveva partecipato ad una procedura di valutazione comparativa con altro candidato, i cui esiti egli aveva impugnato con ricorso attualmente pendente, ha osservato che «l'istanza di accesso verso gli atti della VQR del controinteressato ricade sotto l'egida dell'art. 24 comma VII della legge n. 241\1990 in quanto potenzialmente potrebbe contenere qualche ipotetico elemento oggettivo utile a corroborare censure contro la valutazione discrezionale della Commissione. Ciò è sufficiente a qualificare e differenziare la posizione di interesse che connota la sfera giuridica del ricorrente.

Tanto, secondo condivisibile giurisprudenza, non è interdetto dalla naturale vocazione della VQR a confluire in forma aggregata nella valutazione delle strutture universitarie ai fini della maturazione della quota premiale del Fondo O.U., in quanto «È ovvio che la pubblicazione della graduatoria di SSD per Ateneo/Centro di ricerca, ancorché per mezzo di dati aggregati, è strettamente connessa alla valutazione del gruppo di ricerca di ogni singola struttura. La posizione in graduatoria è, in altri termini, funzionale al giudizio espresso sui lavori dei singoli docenti e ricercatori. Non può quindi accedersi alla prospettazione del'ANVUR che, richiamando la ratio del D.M. cit., distingue il fine del giudizio sulle performance delle strutture di ricerca dall'interesse del singolo docente a conoscere le valutazioni che sul proprio lavoro, e quello degli altri colleghi appartenenti alla medesima struttura, è stato operato dall›Agenzia. Opinando alla stregua dell'Agenzia, si arriverebbe al paradosso (sottolineato dai ricorrenti) che nessuno potrebbe avere accesso ai dati oggi richiesti: né i singoli docenti (siccome, in tesi dell›Agenzia, privi di interesse); né i dipartimenti e le strutture di ricerca (ostandovi il diritto alla privacy

non toglie che tale valutazione complessiva passi, per forza di cose, dalla valutazione dei prodotti presentati dai singoli addetti alla ricerca[103].

Certo è che a fronte delle innumerevoli ricadute che promanano da tale valutazione, una più approfondita riflessione sia in tema di natura della VQR sia in tema di oggetto della valutazione, anche alla luce delle pronunce dei TAR e del Consiglio di Stato che molto probabilmente verranno pubblicate nel prossimo futuro, è molto più che auspicabile.

7.1. *La quota premiale del Fondo di Finanziamento Ordinario (FFO)*

La reputazione delle università è un aspetto, per diversi profili, di primario rilievo[104], la cui centralità si appalesa maggiormente con riferimento alla previsione della quota premiale del Fondo di Finanziamento Ordinario[105], finalizzata – almeno dichiaratamente – alla valorizzazione della qualità del sistema universitario. I fondi destinati alle Università e agli enti pubblici di ricerca dal MIUR sono distribuiti tenendo conto dei risultati della Valutazione della qualità della ricerca[106].

---

dei singoli autori). Il che si pone in aperto contrasto con la norma in materia di trasparenza e di accesso ai documenti amministrativi» (TAR Sicilia, Palermo, sez. II, n. 837\2014)» (T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 25-01-2019).

[103] Anche la procedura di sottoposizione dei prodotti della ricerca ai fini della valutazione VQR ha portato con sé profili e criticità in parte legati alla differenza tra valutazione del singolo e valutazione dell'istituzione. Difatti, se nella pratica è stato ogni ricercatore/professore a inviare autonomamente i propri contributi ai fini della valutazione, tale attività, almeno dalla lettura del bando, sembrava dovesse essere effettuata dalle Istituzioni e non dai singoli. Se tale aspetto *prima facie* potrebbe sembrare secondario, non degno di nota, deve essere riconsiderato alla luce di una protesta portata avanti da alcuni ricercatori di diversi atenei italiani che si sono rifiutati di sottoporre i propri contributi a valutazione, in parte per protesta contro la stessa VQR, in parte per protesta contro la situazione contrattuale e stipendiale del personale docente. In alcuni casi, le istituzioni hanno effettuato un "prelievo forzato" conferendo alla valutazione anche i contributi di quei ricercatori e professori che si erano rifiutati di farlo in adesione alla protesta proprio perché ritenevano di essere loro stesse – le istituzioni – i soggetti oggetto di valutazione.

[104] Sul tema si vedano i numerosi contributi contenuti in G. Colombini (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, voll. II, e III, Napoli, 2013.

[105] Il Fondo per il Finanziamento Ordinario delle università è stato istituito, a decorrere dall'esercizio finanziario 1994 dall'art. 5 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, Interventi correttivi di finanza pubblica. Per un approfondimento sull'autonomia universitaria dal punto di vista della contabile e per un focus sulla disciplina statale in materia di amministrazione e contabilità delle università di veda G. Bottino, *L'amministrazione, la contabilità e la finanza delle Università*, 367-394, in E. De Marco (a cura di), *La pubblica istruzione*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. Santaniello), Padova, 2007, vol. XXXIX.

[106] Sul punto G. Vesperini, *L'ANVUR nella governance del sistema universitario*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 4, 401, 2017, evidenzia che ANVUR incide sul finanziamento alla ricerca non solo attraverso la VQR ma anche fornendo parere al MIUR per ai fini della determinazione del costo standard per studente al quale poi è legata una assegnazione di una quota molto elevata del Fondo di Finanziamento Ordinario.

La quota premiale del FFO fa il suo ingresso nell'ordinamento italiano grazie al d.l. 10 novembre 2008, n. 180[107] che, all'art. 2, aveva previsto che una quota non inferiore al 7% del Fondo di Finanziamento Ordinario e di un fondo straordinario[108] fosse destinato ad aumentare il FFO, al fine di promuovere l'incremento qualitativo delle attività delle università statali e al fine di migliorare l'efficacia e l'efficienza nell'utilizzo delle risorse. Tale ripartizione doveva essere effettuata *ex lege,* tenendo in considerazione la qualità dell'offerta formativa e i risultati dei processi formativi, la qualità della ricerca scientifica e la qualità, l'efficacia e l'efficienza delle sedi didattiche.

Sulle modalità di attribuzione della quota premiale è intervenuto il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, che ha disposto che la predetta quota del FFO «è determinata in misura non inferiore al 16 per cento per l'anno 2014, al 18 per cento per l'anno 2015 e al 20 per cento per l'anno 2016, con successivi incrementi annuali non inferiori al 2 per cento e fino ad un massimo del 30 per cento»[109]. Fino al 30% del FFO.

Sempre lo stesso decreto legge ha stabilito che tale quota sia ripartita tra le università per almeno i tre quinti sulla base dei risultati conseguiti nella Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR) e per un quinto sulla base dei risultati della valutazione quinquennale effettuata da ANVUR sulle politiche di reclutamento.

È da questa disposizione che emerge il peso specifico della reputazione in ambito universitario come misurata dalla VQR, capace di fare – in concreto – la differenza sull'allocazione di una parte consistente del FFO: il 20% per il 2016, fino ad arrivare ad allocare il 30% nel prossimo futuro.

In particolare, con riferimento all'anno 2016, il decreto ministeriale del 29 dicembre 2016, n. 998, ha ripartito la somma di € 1.433.000.000,00, pari a circa il 20% delle risorse del FFO, destinandone € 1.416.500.000,00 alle Università e i restanti € 16.500.000,00 alle Scuole Superiori ad ordinamento speciale.

Per quanto riguarda la parte destinata alle Università, è stata assegnata:

- per il 65% in base ai risultati della VQR 2011-2014[110];

[107] D.l. 10 novembre 2008, n. 180, Disposizioni urgenti per il diritto allo studio, la valorizzazione del merito e la qualità del sistema universitario e della ricerca, convertito con modificazioni dalla legge 9 gennaio 2009, n.1.

[108] Si fa riferimento al fondo straordinario previsto all'art. 2, c. 428 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 che ha previsto che «nello stato di previsione del Ministero dell'università e della ricerca è istituito un fondo con una dotazione finanziaria di 550 milioni di euro per l'anno 2008, di 550 milioni di euro per l'anno 2009 e di 550 milioni di euro per l'anno 2010, comprensiva degli importi indicati all'articolo 3, commi 140 e 146, della presente legge. Tale somma è destinata ad aumentare il Fondo di finanziamento ordinario per le università (FFO), per far fronte alle prevalenti spese per il personale e, per la parte residua, ad altre esigenze di spesa corrente e d'investimento individuate autonomamente dagli atenei.»

[109] Art. 60, c. 1, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.

[110] Si tratta, in realtà, di un indicatore chiamato IRFS (Indicatore di Ricerca Finale di Struttura) che si ottiene, come illustrato dall'allegato 1 al d.m. 29 dicembre 2016, n. 998, attraverso una "somma pesata" di

- per il 20% in base alla valutazione delle politiche di reclutamento[111] (VQR 2011-2014);
- per il 7% in base ai risultati della didattica, con riferimento specifico alla componente internazionale;
- per l'8% in base ai risultati della didattica, con specifico riferimento al numero di studenti regolari che hanno acquisito almeno 20 crediti formativi (CFU).

Mentre la suddivisione della quota premiale del FFO tra le Scuole Superiori ad ordinamento speciale è stata effettuata per l'80% in base ai risultati conseguiti nella VQR 2011-2014 e per il restante 20% in base alla Valutazione delle politiche di reclutamento.

Appare subito evidente che si sta parlando di ingenti somme di denaro pubblico[112] che vengono allocate per il 65% o per l'80%, a seconda del fatto che si tratti di università o di Scuole Superiori, correlativamente ai risultati della VQR.

7.2. *La quota premiale del Fondo di Finanziamento Ordinario: quanto influisce la "qualità"?*

La quota premiale del fondo destinata alle università, come sopra osservato, è suddivisa tra le stesse nella misura del 65% in base all'IRFS, cioè l'Indicatore di Ricerca Finale di Struttura. Quest'ultimo indicatore, che dipende dai risultati della VQR, è a sua volta ottenuto dalla seguente somma misurata: IRFS = (0,85 . IRAS1 . K + 0,075 . IRAS3 + 0,075 . IRAS4)[113].

Come si è già avuto modo di illustrare in precedenza, IRAS1 è l'indicatore quali-quantitativo dei prodotti della ricerca attesi di ateneo; IRAS3 è l'indicatore relativo ai finanziamenti competitivi nazionali e internazionali per la ricerca; IRAS4 è il numero degli studenti di dottorato, iscritti a scuole di specializzazione di area medica e sanitaria, assegnisti di ricerca, borsisti post-doc.

IRAS1 che influisce per l'85% (corretto da un fattore K inserito per compensare per i prodotti non sottomessi a valutazione dai soggetti aderenti alla protesta contro la VQR), IRAS3 che influisce per il 7,5% e IRAS4 che influisce anch'esso per il 7,5%. IRFS = (85%IRAS1 . K + 7,5% IRAS3 + 7,5% IRAS4).

[111] Il 20% della quota premiale del FFO è distribuita sulla base dell'indicatore IRAS2 misurato come rapporto tra la somma delle valutazioni ottenute in una determinata area dai prodotti degli addetti alla ricerca che, nel periodo oggetto di valutazione, sono stati reclutati dall'Istituzione o in essi incardinati in una fascia o ruolo superiore, e la valutazione complessiva di Area.

[112] Pare interessante segnalare le riflessioni in merito alle modalità di allocazione dei fondi per la ricerca portate avanti da B. Potì, E. Reale, *Changing allocation models for public research funding: an empirical exploration based on project funding data*, in *Science and public policy*, 34, 6, 2003.

[113] Per l'analisi della base di calcolo sono stati indispensabili i contributi sul tema raccolti sul sito *roars.it*

L'indicatore IRAS1, dei tre, è l'unico che è almeno in qualche modo connesso con la qualità della ricerca ma, come emergerà nel prosieguo, la qualità influisce solo marginalmente. Infatti, l'IRAS1 è, per previsione espressa del bando (si veda in particolare l'Appendice I, punto I.1), «misurato come rapporto tra la somma delle valutazioni ottenute dai prodotti presentati dall'Istituzione nell'Area e la valutazione complessiva di Area».

Poiché il numeratore non è altro che la somma della valutazione dei prodotti dell'Istituzione, ne consegue che la dimensione dell'istituzione è elemento, tutt'altro che irrilevante nella formazione dell'indicatore: più l'ateneo è grande, più numerosi saranno gli addetti alla ricerca e, sempre di conseguenza, il numero di prodotti della ricerca valutati, la cui somma costituisce il numeratore della frazione di cui si discorre, sarà maggiore. Elemento che incide nella quantificazione dell'indicatore IRAS1 è, più che la qualità della ricerca, la dimensione dell'istituzione: a parità di qualità della ricerca, infatti, il valore IRAS1 sarà più elevato per gli atenei più grandi[114].

Inoltre, l'IRAS1, che influisce solo per l'85% nel calcolo dell'Indicatore di Ricerca Finale di Struttura (IRFS) e che, in ogni caso, come appena visto, non dipende solo dalla qualità della ricerca ma per larga parte anche dalla dimensione della struttura, è stato ulteriormente modificato da un ulteriore fattore moltiplicatore, che nella formula di calcolo compare come K. Fattore, quest'ultimo, che sarebbe finalizzato ad eliminare gli effetti distorsivi eventualmente apportati dalla protesta di alcuni addetti alla ricerca che, manifestando contro il meccanismo valutativo, non hanno presentato per la valutazione i propri prodotti, arrecando così, potenzialmente un danno all'istituzione di appartenenza.

Il meccanismo di distribuzione della quota premiale del FFO, quindi, non è lineare come potrebbe sembrare o meglio, in altre parole, non è detto che in seguito a un miglioramento dei risultati della VQR vi sia automaticamente un aumento della quota premiale dei fondi.

Ciò è dovuto anche dalla previsione di una c.d. "quota perequativa", che è destinata a ricondurre l'entità del FFO 2016 di ogni università entro la soglia minima del -2,25% rispetto al FFO 2015[115]. L'art. 2 del d.m. 29 dicembre 2016, n. 998 ha, infatti, espressamente previsto che € 195.000.000, pari a circa il 3% del totale delle risorse disponibili, siano destinate alle università ma a fini perequativi.

[114] Per un approfondimento sul tema si vedano i numerosi contributi – di spiccato taglio critico – di A. Baccini, cofondatore di *roars.it*.

[115] Il riferimento è alla somma del FFO, composta da quota base, quota premiale e intervento perequativo. La quantificazione delle soglie perequative si rinviene nel d.m. 6 luglio 2016, n. 552 dove tra i considerando si legge espressamente che «nell'ambito delle risorse disponibili per l'anno in corso, al fine di assicurare la sostenibilità dei bilanci degli atenei, si ritiene di contenere la riduzione del Fondo per il finanziamento ordinario spettante a ciascuna università per le voci quota base, quota premiale e intervento perequativo nella misura massima del -2,25% rispetto all'anno precedente».

Non pare questa la sede più opportuna per approfondire ulteriormente singoli indicatori e basi di calcolo, anche perché ciò richiederebbe conoscenze matematico-statistiche specifiche che non fanno parte del bagaglio di chi scrive. Basti solo mettere in luce il numero di fattori, spesso slegati da qualsiasi criterio qualitativo, che sono alla base del sistema reputazionale applicato alla ricerca e che influiscono in misura tutt'altro che marginale sull'allocazione delle risorse.

7.3. *Valutazione, metriche centralizzate e possibili effetti distorsivi*

Come evidenziato anche in apertura, qualsiasi sistema reputazionale applicato alla ricerca scientifica, sia essa portata avanti da un'università o da un ente di ricerca, porta con sé una serie di criticità il cui superamento è impresa più che complessa.

In un contesto in cui è ormai vigente il principio dell'*accountability*, si è sentita la necessità di misurare anche il rendimento degli investimenti pubblici effettuati nella ricerca e, quindi, di (tentare di) misurare la qualità e la diffusione della ricerca stessa per individuare le esperienze ritenute per certi aspetti più meritevoli, con la finalità di incentivarle e premiarle[116].

Se, da un lato, non si può negare che un utilizzo efficiente delle poche risorse disponibili sia un obiettivo molto più che ragionevole, d'altro lato, bisogna considerare il fatto che misurare oggettivamente la qualità della ricerca scientifica è, a parere di chi scrive, pressoché impossibile.

Data, comunque, per assodata la necessità di una misurazione, stante anche l'obbligo normativo, è necessario tenere a mente che ogni valutazione è effettuata sulla base di dati criteri prestabiliti che, inevitabilmente, valorizzeranno o penalizzeranno determinati aspetti rispetto ad altri. Centrale è, quindi, come si è già tentato di sottolineare, una selezione di criteri valutativi adatta allo scopo[117].

Quando poi, come nel caso della VQR, tale valutazione deve essere effettuata su prodotti della ricerca provenienti dall'intero panorama delle scienze e, per

[116] Particolarmente interessante si rivela il contributo di C.A. Christie, S. Lemire e M. Inkelas, *Understanding the Similarities and Distinctions Between Improvement Science and Evaluation*, in C.A. Christie, S. Lemire e M. Inkelas, *Improvement Science in Evaluation: Methods and Uses. New Directions for Evaluation*, 153, 11-21, 2017, dove viene messa in luce la differenza tra le diverse ma contigue attività di valutazione ed attività finalizzate al miglioramento della ricerca scientifica.

[117] A. Ziabicki, *Evaluation of an Individual Scientist: Legal Case Analogy*, in V. Paces et al. (a cura di), *Science evaluation and Its management,* IOS Press, 1999, è di particolare interesse in quanto propone una riflessione in ordine all'efficacia valutativa della metodologie quantitative e qualitative, arrivando a proporre una valutazione "ideale" che le prevede entrambe. Si legge, infatti, «Which approach to evaluation is better: quality or quantitative? The answer is: both. All relevant quantitative indices should be considered together with peer reviews by carefully selected, competent reviewers. The information should be analyzed critically by a responsible evaluating body.»

fare ciò, vengono utilizzate delle metriche centralizzate, emergono diverse criticità[118] che meritano una, seppur breve, riflessione.

L'utilizzo di metriche centralizzate, infatti, può portare allo sviluppo di dinamiche che portano, paradossalmente, all'effetto contrario e opposto a quello sperato[119].

Un esempio, sicuramente un po' estremo, di incentivazione distorsiva arriva dalla Quatar University. Quest'ultima, infatti, ha predisposto un sistema di incentivi economici[120] che prevedono la possibilità di vedersi riconoscere € 1.000,00 per ogni pubblicazione effettuata su di una rivista scientifica che abbia un *impact factor* pari a 1, mentre circa € 800,00 euro sono stanziati per le pubblicazioni su riviste con *impact factor* inferiori, se ricomprese nell'elenco predisposto dall'Università. Viene chiaramente indicato che tale incentivo, se da un lato è finalizzato a premiare l'impegno del proprio corpo di ricercatori e docenti, d'altro lato, è finalizzato ad aumentare la produttività scientifica in modo tale da far salire il posizionamento dell'Università nel *rank*[121].

Ma, senza andare tanto lontano, basti pensare che solo il fatto che vengano valutati solo quei prodotti della ricerca pubblicati attraverso determinati canali (ad esempio, le riviste scientifiche), ciò è sufficiente a far sì che questi canali siano preferiti ad altri che, paradossalmente, sarebbero strumenti più efficaci di diffusione del sapere scientifico[122], ma che non vengono utilizzati proprio in quanto non riconosciuti nel metro di valutazione di ANVUR.

Inoltre, gli incentivi ad oggi in vigore, che spingono alla pubblicazione di prodotti della ricerca su riviste di prima fascia, anche se meno radicali rispetto agli

---

[118] In tema di misurazione della scienza e delle conseguenti criticità di veda anche M. Nielsen, The *Measurement and Mismeasurement of Science*, in H. Masum e M. Tovey (a cura di), *The Reputation Society. How online Opinions Are Reshaping the Offline World*, Cambridge, 2011.

[119] Il Capo dipartimento del Dipartimento per la formazione superiore e per la ricerca del Ministero dell'Istruzione dell'Università e la Ricerca, Giuseppe Valditara nella comunicazione inviata ai Rettori delle Università italiane ad inizio 2019 ha, in proposito, rilevato che «nelle aree bibliometriche l'attuale sistema di valutazione ha indotto talvolta a pubblicazioni utili solo ai fini del risultato degli algoritmi o del superamento di soglie precostituite, come se tutto il resto della attività fosse inutile, riducendo la possibilità di sviluppo delle piccole aree e di quelle intersettoriali; nelle aree non bibliometriche ha costretto i ricercatori a pubblicazioni in riviste identificate dall'ANVUR stessa come di "classe A" (ai fini della VQR) costringendo, tra l'altro, a pubblicare solo in quelle della propria area, rinnegando così la tanto voluta multi e interdisciplinarietà, quando sarebbe bastato indicare alcuni parametri utili per identificare la rivista di livello scientifico».

[120] La quantificazione degli incentivi previsti dalla Quatar University è consultabile all'indirizzo internet: http://www.qu.edu.qa/offices/research/academic/research_reward.php

[121] In molteplici contributi scientifici sono stati evidenziati i numerosi mutamenti nella produzione e nell'evoluzione della ricerca che hanno portato la valutazione istituzionale massiva della ricerca e i relativi criteri di valutazione. Di particolare interesse si segnala Yves Gingras, *Bibliometrics and Research evaluation: Uses and Abuses*, Cambridge, 2016 dove è messo in luce che «papers and citation are transformed from unit of knowledge and recognition into simple accounting units that can be monetized.»

[122] Di particolare interesse è il filone di dottrina che si occupa della licenza CC Creative Commons applicata all'ambito scientifico.

incentivi Quatarini, hanno ripercussioni dirette sull'oggetto delle ricerche portate avanti nelle sedi universitarie.

Del resto, è molto probabile che riviste trainanti le tematiche più innovative o quanto meno più nuove, non avranno fin dall'inizio un *impact factor* elevato[123].

Il risultato – paradossale – a cui si giunge, è quello di disincentivare la ricerca su tematiche nuove in quanto non troverebbero una collocazione sufficientemente prestigiosa e ciò, a conti fatti, penalizzerebbe il ricercatore nel proseguimento della propria carriera rispetto a colleghi che si dedicano a temi più popolari, che hanno una collocazione editoriale sufficientemente di prestigio.

Questo crea anche il fenomeno dei *trend topic* cioè di temi di ricerca particolarmente "*trendy*" che fanno sì che tali tematiche continuino ad essere trattate anche quando siano del tutto saturate intellettualmente.

Ulteriore metro di valutazione della ricerca che si affianca alla qualità della stessa, valutazione quest'ultima affidata, almeno in parte e per certe materie, ad un sistema di *peer reviewer*, è il dato quantitativo[124]. I metri di valutazione hanno, quindi, influenzato anche il modo di fare ricerca, i cui risultati vengono così centellinati[125] al fine di vincere assegni di ricerca o di ottenere le abilitazioni, con il risultato che se da un lato si notizia in tempo quasi reale la comunità scientifica in merito agli ultimi approdi o approfondimenti della ricerca, d'altro lato, il centellinare le informazioni porta spesso con sé una scarsa visione di insieme[126].

---

[123] Si rinvia all'interessante analisi di J.J. Heckman, S. Moktan, *Publishing and Promotion in Economics: The Tyranny of the Top Five*, Working Paper No. 82 Institute for New Economic Thinking, 2018.

[124] Si veda C. Franchini, *Brevi considerazioni sul processo di valutazione nelle università*, in G. Colombini (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università – Criticità del sistema e incertezze per il futuro*, vol. III, Napoli, 2014, dove mette in luce tra gli aspetti problematici della Valutazione della qualità della ricerca il fatto che non siano stati tenuti distinti i differenti concetti di "misurazione" e di "valutazione": il primo come conteggio e confronto non può sostituirsi al secondo «l'atto conclusivo di un esame o di un concorso è un giudizio: gli indicatori non possono sostituire mail il giudizio, servono a rinforzarlo. L'intero processo che è stato avviato, invece, ha messo insieme misurazione e valutazione, rimettendo al centro – e attraverso criteri meccanici non del tutto chiari – molte decisioni».

[125] Sul punto si veda A. Banfi, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, cit., in cui l'autore ripercorre i comportamenti opportunistici che possono verificarsi nell'attività di ricerca quali il plagio, l'auto-plagio ed il fenomeno del c.d. *salami slicing* che indica «Il comportamento di chi, volendo aumentare il volume della propria produzione scientifica, divide le proprie pubblicazioni in segmenti meno voluminosi, da pubblicare separatamente. Così al posto di una monografia di dieci capitoli, meglio pubblicare dieci articoli». Nel medesimo articolo particolarmente interessanti sono le proposte effettuate al fine di reprimere e sanzionare le condotte scorrette, richiamando anche un editoriale di Nature intitolato «Call the cops» in cui si legge che poiché «much public money can be lost, fraudolent science must compete with more familiar crimes, such as tax evasion».

[126] In merito alla relazione tra quantità e qualità dei prodotti della ricerca, la stessa sembra *prima facie* essere inversamente proporzionale. Diversi recenti studi, difatti, ritengono che una produzione molto elevata di contributi scientifici spesso porti con sé un abbassamento fisiologico della qualità. In tal senso, *ex multis*, Z. Rubin, *On Measuring Productivity by the Length on One's Vita,* in *Personality and Social Psychology Bulletin*, 4(2), 1978, 197-198; J. Fischer, E.G. Ritchie, J. Hanspach, *Academia's obsession with quantity,* in *Trends in ecology & evolution* 27(9), 2012, 473-474; P. Halme, A. Komonen, O. Huitu, *Solutions to replace quantity with quality in science*, in *Trends in Ecology & Evolution* 27(11), 2012; N. Haslam, S. M. Laham, *Quality, quantity, and impact*

Pare anche particolarmente interessante il rapporto tra classificazione delle riviste scientifiche di prima fascia e la valutazione ottenuta in sede di VQR dagli articoli in esse pubblicate. Difatti, a mente del D.M. 120/2016[127] e del regolamento emanato da ANVUR per la classificazione delle riviste scientifiche nelle aree non bibliometriche[128], v'è una forte connessione tra la valutazione ottenuta in sede di VQR e la possibilità di rientrare nel novero delle riviste di classe A. In particolare, i criteri stabiliti al fine dell'ingresso di una rivista nella classe più prestigiosa portano con sé il rischio di un effetto distorsivo tutt'altro che secondario: incentivano le riviste a pubblicare i contributi di soggetti strutturati, che, quindi, possono sottoporre i propri prodotti alla valutazione VQR anziché i contributi di non strutturati che, quindi, sono esclusi da tale valutazione[129]. Oppure, ancora, la particolare correlazione tra VQR e classificazione delle riviste scientifiche – in uno scenario comunque patologico – potrebbe influenzare anche la valutazione dei revisori anonimi per i quali potrebbe non essere indifferente valutare più o meno positivamente alcuni contributi in considerazione delle riviste che li ospitano.

Quali siano le criticità dei sistemi reputazionali applicati alla ricerca non è tematica centrale del presente contributo, per le molte ulteriori osservazioni che

---

in academic publication, in *European Journal of Social Psychology*, 40(2), 2010, 216-220; M.R. Donaldson, S. J. Cooke, *Scientific publications: Moving beyond quality and quantity toward influence*, in *BioScienc*e, 2013; D. Sarewitz, *The pressure to publish pushes down quality*, in *Nature*, 533(7602), 2016.

In senso opposto, invece, si pone una storica corrente dottrinale che vedrebbe una diretta correlazione tra una produzione copiosa e una spiccata qualità della ricerca. Si segnala in tal senso W. Dennis, *Bibliographies of eminent scientists*, in *The Scientific Monthly*, 79(3), 1954, 180-183; S. M. Lawani, *Some bibliometric correlates of quality in scientific research*, in *Scientometrics*, 9(1-2), 1986, 13-25.

[127] Il D.M. del 7 giugno 2016, n. 120, Regolamento recante criteri e parametri per la valutazione dei candidati ai fini dell'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso alla prima e alla seconda fascia dei professori universitari, prevede all'Allegato D, punto 5 che «Ai fini della classificazione delle riviste in classe A, nell'ambito di quelle che adottano la revisione tra pari, l'ANVUR verifica, rispetto alle caratteristiche del settore concorsuale, il possesso di almeno uno dei seguenti criteri: a) qualità dei prodotti scientifici raggiunta nella VQR […] dai contributi pubblicati nella rivista; b) significativo impatto della produzione scientifica, laddove appropriato».

[128] Il regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, recante i criteri di classificazione delle riviste si fini dell'Abilitazione Scientifica Nazionale prevede relativamente alla valutazione preliminare delle riviste all'articolo 7, c. 3, che possono «acced[ere] alla fase successiva di valutazione esclusivamente le riviste che, nell'ultima VQR, risultino avere ottenuto una valutazione media dei lavori in esse pubblicati superiore almeno del 20% rispetto alla valutazione media ottenuta dalle riviste scientifiche classificate nella medesima area di valutazione». Ancora, sempre a mente del medesimo regolamento ma all'art. 7, c. 2, è previsto che «Le riviste che, nell'ultima VQR, risultino avere ottenuto un a valutazione media dei loro prodotti superiore almeno al 40% rispetto alla valutazione media ottenuta dalle riviste della medesima area scientifica sono ammesse alla classe A previo accertamento del solo requisito della regolarità, di cui al seguente art. 9».

[129] Il riferimento è ad A. Sandulli, *La classificazione delle riviste scientifiche e la revisione tra dispari*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, 4, 436, in cui l'Autore, oltre al possibile effetto distorsivo appena richiamato, evidenzia l'ulteriore problema di giudicare la qualità delle riviste scientifiche sulla base di revisioni tra pari che sono formulate per misurare la qualità delle strutture, ponendo quindi l'accento anche sul differente profilo della non sovrapponibilità delle due valutazioni.

si potrebbero ancora svolgere, ad esempio, anche in merito alla valutazione – che fortunatamente, per ora, non interessa l'area giuridica – basata sull'*impact factor* della rivista ospitante e sul numero di citazioni di un articolo, si rinvia alla copiosa dottrina sul tema[130].

8. *Considerazioni finali*

Quanto la VQR sia in grado di misurare profili che siano indici effettivi di qualità della produzione scientifica, o quanto tali sistemi, dotati di metriche centralizzate, siano effettivamente in grado di fornire un quadro sufficientemente veritiero e capace di rilevare sfumature e sottigliezze o anche semplicemente le dinamiche di un settore così fortemente peculiare come quello di cui si discorre, è un quesito che, a parere di chi scrive, rimane tutt'ora aperto.

Pare però si possa con una certa sicurezza affermare che la reputazione ha assunto un ruolo fondamentale sotto diversi profili, più o meno diretti.

Dipende, infatti, dalla reputazione come rilevata in dipendenza dal *ranking* della VQR la quantificazione della parte di quota premiale del FFO (che complessivamente consiste, per il 2016, nel 20% del FFO ma che, a tendere, arriverà fino a rappresentare il 30% dello stesso) che una Istituzione può vedersi attribuita, modificando sensibilmente la consistenza del finanziamento pubblico di cui è destinataria.

Oppure, ancora, a partire dal quinquennio 2018-2022, la classificazione dei dipartimenti entro le prime 350 posizioni di un apposito Indicatore Standardizzato della Performance Dipartimentale (ISPD) che tiene conto della posizione dei dipartimenti nell'ambito della distribuzione nazionale della VQR nei rispettivi settori scientifici disciplinari, è *conditio sine qua non* per presentare la domanda per ottenere parte del Fondo per il finanziamento dei dipartimenti universitari di eccellenza, che permetterà, tra i 350 preselezionati, il finanziamento dei 180 migliori dipartimenti a livello nazionale[131].

---

[130] *Ex multis*, si segnala la ricerca *Research Evaluation Metrics*, Parigi, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), 2015; T. Braun, W. Glanzel, A. Schubert, *Scientometric indicators. A 32-Century Comparative Evaluation of Publishing Performance and Citation Impact*, World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 1985; P.P. Seglen, *Why the impact factor of journals should not be used for evaluating research*, Br. Med. J., 1997; E. Garfield, *Citation Analysis as a tool in journal evaluation*, Science, 1972; J. King, *A review of bibliometric and other science measures*: *a concise review*, J. Inf. Sci., 14, 1988.

[131] Si vedano i commi 314-337 della legge 11 dicembre 2016, n. 232, relativa al bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019, ed il d.m. 11 maggio 2017, n. 262 che ha nominato la Commissione per la selezione dei Dipartimenti universitari di eccellenza e ha suddiviso i dipartimenti tra le aree CUN.

Basti, poi, ricordare che nel 2015 si è verificato un episodio – che ha molto interessato la stampa e l'opinione pubblica – di emersione della centralità del sistema reputazionale dell'università e della relativa tendenza a ricollegarvi conseguenze più o meno premianti, quando si era, addirittura, paventata l'ipotesi di "pesare", al fine della partecipazione ai concorsi pubblici, il voto di laurea a seconda della reputazione dell'ateneo in cui la stessa fosse stata conseguita.

Si era, infatti, discusso[132] della possibilità, poi sfociata in un nulla di fatto, di un superamento del mero voto minimo di laurea quale requisito per l'accesso e della conseguente possibilità di valutare il titolo anche in rapporto ai fattori inerenti all'istituzione che lo ha assegnato.

Ma v'è un ulteriore aspetto che non può essere trascurato: la reputazione dell'università influisce, più o meno direttamente, sulla comunità di riferimento dell'università stessa. Inoltre l'università è motore dello sviluppo economico, è creatrice di capitale umano e produttrice di innovazione[133]. Nel contesto di una società globale in cui la competizione si fonda sull'economia della conoscenza, l'università concorre in modo determinante alla costruzione di valore e al rilancio sia economico che sociale del territorio in cui opera.

Il tema della valutazione della ricerca e delle sue performance è un tema, come è emerso dalla presente disamina, particolarmente complesso e che, a parere di chi scrive, presenta ancora molte criticità e nodi irrisolti, tanto nella scelta dei parametri di valutazione[134], quanto nell'individuazione delle modalità di esecuzione della valutazione stessa.

A ciò si aggiunge, più come premessa che come diretta conseguenza, che la spesa – *recte*, l'investimento – universitario in Italia è in larghissima misura pubblico, così come, del resto, la massima parte dell'investimento sulla ricerca.

Sarebbe una conclusione certamente parziale sostenere che dalla valutazione della ricerca discende la valutazione dell'investimento pubblico nel suo complesso, quando senz'altro esistono altri, più complessi e più stringenti parametri

[132] Al d.d.l. n. 1577 era, infatti, stato presentato dall'On. Meloni un emendamento, la cui formulazione del 2 maggio 2015 testualmente proponeva un «superamento del mero voto minimo di laurea quale requisito per l'accesso ai concorsi e possibilità di valutarlo in rapporto a fattori inerenti all'istituzione che lo ha assegnato e al voto medio di classi omogenee di studenti, ferma restando la possibilità di indicare il conseguimento della laurea come requisito necessario per l'ammissione al concorso».

[133] Non a caso si afferma che la competitività del sistema universitario sia direttamente connessa con quella del Paese. Il richiamo è a G. Stolfi, *Il finanziamento dell'istruzione superiore*, in C. Finocchietti (a cura di), *Il finanziamento dell'istruzione superiore. Francia, Germania, Inghilterra, Spagna*, *Universitas Quaderni*, 2010, dove afferma: «è proprio grazie all'interazione tra ricerca, università ed educazione professionale che si raffinano gli strumenti che consentono ai singoli sistemi produttivi di tenere il passo con le economie rivali: l'innovazione, la tecnologia, la competenza sono considerate, con unanime consenso, le uniche vere chiavi per affrontare, a lungo termine, la sfida globale, specialmente per quelle economie avanzate nelle quali la concorrenza non può condursi più in termini di costo dei fattori produttivi o, ancora, in termini di economie di scala».

[134] I risultati della VQR hanno in alcuni casi lasciato perplessi e fatto molto dubitare in ordine all'efficacia dei criteri di valutazione e all'utilità della valutazione nel suo complesso.

per valutare la ROI[135] dell'investimento pubblico in ricerca, formazione e atenei. Posto, peraltro, che possa ritenersi un investimento valutabile, anche solo in ipotesi, come investimento di natura squisitamente economica e non, come si potrebbe non senza una parte di ragione obiettare, un investimento culturale, sociale, persino etico e, peraltro, un adempimento a un dovere costituzionale prima ancora che morale.

Parametri di valutazione parimenti (o più) pertinenti potrebbero essere, solo per fare alcuni esempi, il ritorno in livelli occupazionali, l'impatto sul territorio e sulla società nel suo complesso.

Tuttavia, è il legislatore stesso ad aver collegato la valutazione della ricerca – in modo più o meno diretto – allo stanziamento di fondi diretti allo sviluppo della ricerca in un dato ateneo e, quindi, allo sviluppo del capitale umano dell'ateneo stesso. In altri termini, la valorizzazione di un investimento già effettuato (es: la formazione di un dottorando) attraverso lo stanziamento di fondi per la ricerca, risponde a dei criteri di efficienza o, quantomeno, a un principio di efficienza, declinato o meno in criteri corrispondenti a detto principio.

Si tratta di una problematica della massima importanza, tanto per chi opera all'interno del mondo accademico, quanto per chi opera all'esterno di esso, ma che con l'università deve confrontarsi direttamente (es: aziende che partecipano a progetti di ricerca) o indirettamente (es: aziende che assumono neolaureati prevedendo un investimento privato in formazione che sarà inversamente proporzionale all'investimento in formazione precedentemente effettuato dall'ateneo).

A fronte di tutto quanto appena ricordato e considerato, appare certamente necessaria una riflessione comune, del MIUR, di ANVUR ma anche e soprattutto delle Università, al fine di migliorare l'attuale sistema di valutazione della ricerca e i meccanismi premiali ad esso connessi, con la consapevolezza, però, che ad oggi la ricerca non pare possa sottrarsi ad una valutazione.

[135] R.O.I. sta per Return on Investment. È un termine tecnico che viene utilizzato in campo economico/manageriale per individuare il tasso di rendimento in rapporto al totale degli investimenti di un'impresa.

Il sistema reputazionale nelle Università: la Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR)

Il contributo affronta il tema della Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR) sotto il particolare profilo della reputazione, inquadrandolo come vero e proprio "sistema reputazionale". Dopo aver ripercorso l'evoluzione dei sistemi valutativi della qualità della ricerca in Italia, l'analisi si concentra sull'ultimo esercizio di valutazione – la VQR 2011-2014 – approfondendone, in chiave critica e con particolare riferimento all'area giuridica, criteri valutativi e modalità. Infine, indagati i criteri di aggregazione dei risultati della valutazione dei singoli prodotti della ricerca, sia a livello di dipartimento sia di ateneo, vengono messe in luce le dirette conseguenze dei risultati della VQR in punto di finanziamento e i collaterali effetti distorsivi.

The reputational system in universities: The Research Quality Assessment (VQR)

The contribution deals with the topic of Research Quality Assessment (VQR) under the particular profile of reputation, framing it as a real "reputational system." After having reviewed the evolution of research quality assessment systems in Italy, the analysis focuses on the last evaluation exercise – VQR 2011-2014 – exploring evaluation criteria and methods in a critical key and with particular reference to the legal area. Finally, once the criteria for aggregating the results of the evaluation of individual research products have been investigated, both at departmental and university level, the direct consequences of VQR results in terms of funding and the collateral distortive effects are highlighted.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 507-542

Articoli e saggi

I profili insidiosi dell'avvalimento dalla natura e funzione di garanzia della responsabilità dell'ausiliaria al principio di sostituibilità dell'avvalso

Alessandra Amore

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'origine pretoria dell'istituto dell'avvalimento. – 3. Il quadro normativo europeo: dalle direttive comunitarie 2004/17-18 Ce a quelle 2014/24-25 Ue. – 4. Gli elementi contrattuali dell'avvalimento. – 4.1. *Segue*: la specificità dell'oggetto di avvalimento e le diverse ricostruzioni esegetiche. – 5. La responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria *vs* la stazione appaltante. – 6. Brevi riflessioni sulla paventata natura contrattuale della responsabilità dell'impresa ausiliaria. – 6.1. *Segue*: la responsabilità dell'avvalso *vs* l'avvalente, in ipotesi di: dichiarazioni false; deficit del possesso dei mezzi oggetto di avvalimento; caducazione dei requisiti. – 7. L'apporto innovativo del principio di modificabilità dell'impresa ausiliaria, *ex* art. 89, co. 3, Codice dei contratti pubblici. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Come è noto, l'avvalimento è il contratto mediante il quale l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'impresa c.d. ausiliata le strutture organizzative, i mezzi della propria azienda, indispensabili per partecipare alla procedura di gara.

L'istituto in esame è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale europea, la quale ha agito nell'intento di garantire l'accesso nel mercato degli appalti pubblici alle piccole e medie imprese, prive dei requisiti richiesti dal bando di gara.

Decorsi dieci anni dall'approvazione del d.lgs. 12 aprile del 2006, n. 163 l'avvalimento è stato rivisitato dall'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, così come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56[1].

[1] Nessuna modifica, invece, è stata apportata all'istituto in esame, con l'approvazione della recente legge del 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. Sblocca cantieri), che ha convertito in legge il d.l. 18 aprile 2019, n. 32.

Nello specifico, con la norma in esame, il legislatore nazionale, in attuazione dell'art. 1, co. 1, lett. zz, della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha previsto: la puntuale individuazione delle risorse e delle capacità oggetto del contratto di avvalimento; il rafforzamento degli strumenti volti ad agevolare il controllo relativo alla qualificazione ed alla capacità tecnico-professionale indispensabili per garantire l'esecuzione della prestazione oggetto del contratto di appalto.

Nonostante i recenti interventi normativi, l'avvalimento è uno degli istituti più problematici del Codice dei contratti pubblici, sotto il profilo applicativo.

Il presente lavoro, dunque, si propone di "districare" i nodi in cui – ancora oggi – si intesse lo stesso e di esaminare gli apporti innovativi previsti nell'architettura del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Per sviluppare tale obiettivo di ricerca, l'indagine si incentrerà: sul superamento dell'orientamento giurisprudenziale che considera valido il contratto di avvalimento il cui oggetto sia determinato o determinabile, *ex* art. 1346 c.c., alla luce dell'art. 89, co. 1, d.lgs. n. 50/2016; sui molteplici profili oscuri afferenti la natura e la funzione c.d. di garanzia della responsabilità solidale che sorge in capo all'avvalso nei confronti della stazione appaltante; sulle conseguenze giuridiche che potrebbero derivare dall'operatività del principio di sostituibilità dell'impresa ausiliaria, *ex* art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016.

2. *L'origine pretoria dell'istituto dell'avvalimento*

Nello scenario europeo l'avvalimento fa il suo ingresso per la prima volta con la sentenza del 14 aprile del 1994 c.d. *Ballast* (C-389/92), con la quale la giurisprudenza europea ha acconsentito ad una *holding* la possibilità di avvalersi delle capacità economiche, finanziarie e tecniche possedute da una società appartenente al suo gruppo; fermo restando l'onere di provare di poter disporre concretamente dei mezzi di cui intende avvalersi[2].

Se originariamente la giurisprudenza europea ammetteva il ricorso all'avvalimento solo in ipotesi di rapporto infragruppo, in una fase successiva ha consentito il ricorso all'istituto in esame a prescindere dall'esistenza di un rapporto di controllo e/o di collegamento tra avvalente ed avvalso[3].

In tale contesto, dunque, il legislatore, in ottica pro-concorrenziale, garantisce, per un verso, alle piccole e medie imprese la possibilità di partecipare alla

[2] Cfr. *ex multis*, Corte giust. sez. III, 18 dicembre 1997, causa C-5/97, Ballast, Nedam Groep NV c/ Stato belga, in *Giur. it.,* 1995, I, 1, 545.

[3] D. Bezzi, *Profili applicativi dell'avvalimento* (a cura di) G.A. Benacchio, M. Cozzio, *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 263.

procedura di gara, per altro, alla stazione appaltante di disporre di un ampio ventaglio di offerte; fermo restando l'obbligo di valutare ed accertare l'effettivo possesso dei requisiti in capo all'impresa ausiliaria, a garanzia di una corretta esecuzione della prestazione oggetto del contratto di appalto[4].

Al riguardo, l'art. 23 della direttiva n. 92/50/Ce statuiva «gli appalti sono aggiudicati in base ai criteri stabiliti e dopo che l'idoneità dei prestatori non esclusi sia stata verificata dalle amministrazioni conformemente ai criteri di cui agli artt. 31 e 32».

Da un'attività interpretativa della norma in esame parrebbe che l'istituto in commento si regga sui seguenti principi corollari: non assume alcun rilievo il metodo con cui l'avvalso si impegna a mettere a disposizione i requisiti in favore dell'avvalente né l'accordo intercorso tra gli stessi; infine, la stazione appaltante è tenuta a valutare gli elementi di fatto e di diritto oggetto dell'accordo intercorso tra avvalso e avvalente, valutando così l'effettiva sussistenza degli stessi in capo all'ausiliaria.

Passata in rassegna la giurisprudenza europea intervenuta nella materia in questione affiora, in uno scenario indifferente «ai formalismi giuridici legati sia allo status del concorrente, sia ai mezzi di prova», come il legislatore e la giurisprudenza si siano sforzati di individuare il giusto equilibrio tra l'esigenza di garantire la massima apertura del mercato degli appalti e quella di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice adeguate garanzie circa il corretto espletamento della prestazione dell'appalto[5].

L'istituto in esame è stato positivizzato negli artt. 47 e 48 delle direttive europee nn. 17 e 18 del 2004 nonché codificato nell'ordinamento nazionale negli artt. 49 e 50 d.lgs. n. 163 del 2006, oggi dall'art. 89 d.lgs. n. 50/2016.

3. *Il quadro normativo europeo: dalle direttive comunitarie 2004/17-18 Ce a quelle 2014/24-25 Ue*

La disposizione normativa di cui all'art. 47, par. 5, della direttiva europea n. 18 del 2004 – recependo integralmente i principi affermati nelle diverse pronunce giurisprudenziali europee – statuisce: «un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Deve in

[4] G. Balocco, *L'istituto dell'avvalimento e i contrasti con la disciplina comunitaria,* in *Urb. e app.,* 8/2005, 973 ss.

[5] R. Caranta, *I Contratti pubblici,* II, 2012, 355; M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici,* vol. II, Milano, 2008, 1494 ss.

tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà dei mezzi necessari».

Ponendo, l'attenzione sulla locuzione normativa, ampia e generica, «a prescindere dalla natura dei legami giuridici…», art. 47 cit., si coglie la possibilità dell'operatore economico di ricorrere alle risorse possedute da qualsiasi impresa; a prescindere dall'esistenza di eventuali legami societari tra l'impresa ausiliaria e ausiliata[6].

Quest'ultimo rapporto, che non deve necessariamente derivare da un preesistente o successivo legame tra i soggetti in questione, rappresenta una condizione indispensabile, affinché la P.a. valuti l'effettivo impegno assunto dall'impresa ausiliaria.

Per agevolare la P.a. in tale operazione, in capo all'impresa ausiliata sorge l'onere di provare l'effettivo possesso delle risorse oggetto di avvalimento, da parte dell'ausiliaria.

In particolare, mentre, per le capacità tecniche-professionali, il legislatore europeo riconosce all'avvalente la possibilità di fornire la prova del possesso delle stesse attraverso la mera indicazione dei tecnici e degli organismi tecnici dei quali l'impresa ausiliata si può avvalere, per tutto il periodo dell'appalto.

Quanto alle capacità economico-finanziarie (i.e. le dichiarazioni bancarie; il fatturato globale; i bilanci), l'avvalente deve provare che l'avvalso disponga di una solidità economica tale da poter offrire un'idonea garanzia patrimoniale alla stazione appaltante ovvero la «capacità di finanziamento dell'opera e, dunque, il credito goduto dall'impresa».

Le direttive comunitarie considerate sono state recepite dal legislatore nazionale con l'art. 49 d.lgs. n. 163/2006. Tale disposizione legislativa, nel predisporre lo schema di decreto legislativo, ha perseguito un duplice obiettivo: la predeterminazione del mercato e l'esclusione di eventuali c.d. avvalifici, indirizzati a consentire la partecipazione alla gara alle imprese prive di qualunque substrato tecnico, organizzativo e finanziario.

Quanto al primo, la scelta del termine "predeterminazione" manifesta l'intento di garantire la partecipazione alla procedura di gara solo agli offerenti in possesso delle capacità richieste nel bando di gara dalla stazione appaltante; idonei a garantire una corretta esecuzione dell'appalto.

In tal contesto, dunque, la volontà del legislatore si sostanzia nell'intento di ideare un mercato privo di elementi di discriminazione; connotato dalla massima partecipazione di tutti gli operatori economici, purché in possesso personalmente o mediante il ricorso all'istituto dell'avvalimento dei requisiti oggetto della *lex specialis*.

---

[6] A. Cacrini, *La disciplina dei contratti e le modalità di adempimento* (a cura di C. Franchini), *I contratti con la pubblica amministrazione,* Tomo I, 2007, 490.

In ordine al secondo obiettivo precitato, per scongiurare il c.d. avvalificio, il legislatore ha previsto: la responsabilità solidale dell'avvalso e dell'avvalente in ordine all'oggetto del contratto; l'applicabilità della disciplina in materia di interdittiva antimafia nei confronti anche dell'impresa ausiliaria; l'obbligo per l'ausiliato di produrre una dichiarazione con la quale l'ausiliaria attesti di possedere i requisiti richiesti dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006[7].

Nel nuovo scenario legislativo europeo, l'avvalimento è disciplinato dagli artt. 38, commi 2 e 3, 63, 79 delle direttive europee del 26 febbraio del 2014, nn. 24 e 25.

Giova premettere che da una prima lettura della normativa europea, se non si colgono modifiche significative dell'istituto in esame, come disciplinato dall'ormai abrogato d.lgs. n. 163/2006, affiorano comunque diversi elementi innovativi.

Il primo – collocato nel paragrafo primo dell'art. 63 della direttiva 2014/24 Ue – si sostanzia nel riconoscere agli operatori economici – privi delle esperienze professionali o dei titoli di studio professionali, di cui all'allegato XII, parte II, lett. f, richiesti dal bando di gara – di essere ammessi alla procedura di gara, facendo affidamento sui requisiti posseduti da imprese terze, a condizione che queste ultime diano esecuzione ai lavori o servizi per cui tali capacità sono state prestate.

Il secondo, previsto dal secondo periodo del primo paragrafo dell'art. 63 cit., obbliga le stazioni appaltanti, in sede di valutazione delle offerte, ad accertare se l'impresa ausiliaria possiede i criteri di selezione ovvero se in capo alla stessa si configurano ipotesi di esclusione ai sensi dell'art. 57. Prevedendo, inoltre, l'imposizione all'operatore economico ausiliato di sostituire l'ausiliaria che risulta carente in ordine ad un criterio di selezione o per la quale sussiste un motivo di esclusione.

Infine, gli ultimi due profili riguardano: la facoltà riconosciuta all'amministrazione aggiudicatrice di esigere che l'operatore economico ausiliato ed i soggetti ausiliari siano responsabili solidalmente in sede di esecuzione del contratto, limitatamente, però ai criteri riguardanti la capacità economica e finanziaria, terzo periodo del primo paragrafo dell'art. 63 cit.; possibilità di esigere che alcune attività relative "ai compiti essenziali" siano eseguite solo dall'offerente ovvero, in ipotesi di ATI, da un partecipante al raggruppamento[8]. Questa ultima decisione adottata dal legislatore europeo restringe il campo di operatività dell'avvalimento in ipotesi di compiti essenziali; ciò al fine di assicurare alla P.a. un corretto svolgimento delle prestazioni oggetto del contratto. Le nuove disposizioni

[7] Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194, in *giustiziamministrativa.it.*; Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8145, in *giustiziamministrativa.it.*

[8] Tale scelta legislativa, se per un verso, è volta ad offrire maggiori garanzie alla stazione appaltante, in ordine alla corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per altro, potrebbe limitare il ricorso all'istituto dell'avvalimento, in favore della c.d. personalizzazione dei requisiti di gara.

europee sono state recepite dal legislatore nazionale nell'art. 89 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, analogamente alla previgente disciplina, art. 49, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, consente al concorrente, singolo o raggruppato, di avvalersi dei requisiti aventi natura tecnico e professionale, finanziario ed economico, posseduti da altri operatori economici, anche se facenti parte del raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei rapporti che instaura con questi ultimi.

In questo senso appare chiaro, come il legislatore – volendo garantire la tutela della concorrenza, ossia l'apertura del mercato al maggior numero possibile di operatori economici, in ossequio ai principi di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi – consente agli operatori economici privi dei requisiti richiesti dal bando di gara di avvalersi *per relationem* delle capacità possedute da un'impresa terza.

4. *Gli elementi contrattuali dell'avvalimento*

Tratteggiato il quadro normativo in cui si colloca l'istituto in esame, l'attenzione si pone sulla qualificazione giuridica del contratto di avvalimento e sugli elementi essenziali del medesimo.

Preliminarmente, giova specificare che il contratto in esame è un negozio bilaterale, produttivo di effetti obbligatori, connotato da una finalità pubblicistica, volta a garantire la partecipazione alla gara di appalto alle imprese, prive dei requisiti richiesti dal bando di gara.

Gli elementi del contratto di avvalimento sono disciplinati dettagliatamente dall'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

In ragione di ciò la dottrina ha riflettuto in ordine alla qualificazione del contratto in esame come negozio c.d. tipico o atipico.

È noto che sono qualificati tipici tutti i contratti espressamente disciplinati nel c.c. e atipici i negozi giuridici non appartenenti ad alcuna operazione economica regolata dal legislatore.

In quest'ultimo caso, le parti possono comunque concludere validamente un contratto in attuazione all'art. 1322 c.c, secondo il quale «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti posti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'orientamento giuridico».

Da un'attenta lettura della norma si colgono due aspetti di estrema rilevanza.

L'autonomia contrattuale riconosce ai contraenti la libertà di scegliere il contenuto del contratto e lo schema contrattuale più confacente alle proprie esigenze, entro i limiti imposti dalla legge.

Secondo l'art. 1322, co. 2, c.c., infatti, le parti possono concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela, secondo l'ordinamento giuridico.

Il contratto può essere considerato meritevole di tutela se la causa, ossia lo scopo che le parti intendono perseguire, possiede il grado di apprezzabilità sociale, indispensabile per essere tutelato dall'ordinamento giuridico.

Orbene, delineate, seppur per grandi linee, le differenze tra contratto tipico e atipico, si riflette in ordine alla qualificazione del contratto di avvalimento.

In presenza di una puntuale e specifica disposizione normativa, qual è l'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, parte della dottrina ascrive il contratto in esame al *genus* dei contratti tipici.

Nonostante, quindi, il contratto di avvalimento non sia espressamente disciplinato dal Titolo III del Libro IV del c.c., dedicato ai singoli contratti, il medesimo può comunque essere considerato come un negozio giuridico c.d. tipico, indirizzato a realizzare una certa operazione economica.

L'assenza di un'espressa previsione normativa che riconosce natura c.d. tipica solo ai contratti disciplinati dal c.c. consente, dunque, di qualificare il contratto di avvalimento come negozio giuridico tipico, anche se disciplinato da una norma, art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, non racchiusa nel c.c.[9].

Discostandosi dalla natura c.d. tipica dell'avvalimento, altra parte della giurisprudenza considera il contratto di avvalimento come un negozio c.d. atipico, ma con peculiarità tipiche: del contratto di mandato, art. 1703, ss. c.c.; dell'appalto di servizi; nonché quelle di garanzia atipica, per quanto riguarda i rapporti tra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice, in ordine all'adempimento delle prestazioni contrattuali[10].

Tale scelta, invero, non parrebbe esser condivisa da altra parte della dottrina e dalla giurisprudenza, per le seguenti considerazioni.

---

[9] F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 173; R. Clarizia, *Contratti innominati*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, IX; F. Messineo, *Il contratto in genere,* in *Tratt. Cicu,* Messineo, Milano, 1968, 684; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico,* Padova, 1961, 29; S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951.

[10] Cons. Stato, ad. plen n. 4 novembre del 2016, n. 23, in *Foro amm.* - T.a.r., 2016, 11, 2628. In merito alla qualificazione del contratto c.d. atipico si v.: N. Paolantonio, *L'avvalimento in I contratti di appalto pubblico* (a cura di C. Franchini), Milano, 2010, 541 ss.; L. Cestaro, *L'avvalimento in Codice dell'appalto pubblico* (a cura di Baccarini, Chinè e Proietti), Milano, 2015, 645.

Anzitutto, l'obbligo dell'ausiliaria non si può considerare analogo all'obbligazione assunta dal mandatario, ai sensi dell'art. 1703 c.c.[11].

Mentre l'ausiliaria si impegna solo a mettere a disposizione i requisiti e le risorse necessarie richiesti dall'ausiliata per tutto il tempo necessario all'esecuzione dell'appalto, il mandatario si obbliga a compiere per conto del mandante uno o più atti giuridici che producono conseguenze giuridiche (i.e. la riscossione dei crediti, la conclusione di contratti).

In secondo luogo, con riferimento alla garanzia c.d. atipica, si potrebbe ritenere che l'avvalso sia obbligato ad adempiere la prestazione dell'ausiliata, se questa ultima non ha adempiuto la prestazione ovvero l'ha eseguita in maniera inesatta.

Anche questa tesi si presenta opinabile, poiché la prestazione assunta dall'impresa ausiliata è insostituibile; pertanto, l'impresa ausiliaria può solo indennizzare o risarcire il pregiudizio patrimoniale patito dalla stazione appaltante[12].

Altresì, altro elemento negoziale, non espressamente indicato nell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, riguarda il requisito della forma.

Per un primo orientamento, la forma da preferire è quella *ad probationem*.

Se il legislatore avesse richiesto la forma *ad substantiam* lo avrebbe espressamente specificato, in conformità a quanto disposto in tal senso dall'art. 1325 c.c.

Quest'ultimo indirizzo si conforma ai principi civilistici, art. 1352 c.c., secondo i quali il contratto non soggiace ad alcun specifico requisito formale se la norma non lo prevede espressamente ovvero se le parti non concordano sulla forma da preferire per la conclusione del negozio giuridico[13].

Un secondo indirizzo, invece, propende per la forma *ad substantiam*, per le considerazioni di seguito esplicate[14].

In primo luogo, l'intento del legislatore di considerare come presupposto dell'avvalimento la forma scritta lo si coglie implicitamente, laddove onera il concorrente ausiliato di produrre il contratto di avvalimento in originale o copia autentica.

---

[11] In senso contrario si v.: TAR Campania, Salerno, sez. I, 28 marzo 2012, n. 607, in *Foro amm.*- T.a.r., 2012, 3, 929; TAR. Veneto, sez. I, 20 ottobre 2010, n. 5528, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2010, 10, 3134; TAR Veneto, sez. I, 6 novembre 2008, n. 3451, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2008, 11, 2994.

[12] Diversamente, se l'obbligazione dell'avvalente fosse priva del carattere dell'insostituibilità sarebbe da ricondurre al *genus* delle garanzie di tipo satisfattorio. In tal caso, in ipotesi di inadempimento dell'impresa ausiliata, l'ausiliaria avrebbe dovuto garantire l'identità della prestazione dovuta da quello principale, connotate dal vincolo di accessorietà e di solidarietà.

[13] P. Gallo, *Trattato del contratto,* vol. II, Milano, 2010, 1107; F. Galgano, *Trattato di diritto civile,* vol. II, Padova, 2009, 247. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., ordinanza 19 febbraio 2016, n. 52, in *Riv. giur. ediliz.,* 2016, 3, I, 250.

[14] V. Neri, *La causa del contratto di avvalimento*, in *giustizia-amministrativa.it*; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009, 248-252.

In secondo luogo, il requisito formale in esame consentirebbe alla stazione appaltante di valutare con maggior accortezza il grado di «serietà ed effettività» della prestazione assunta dall'avvalso nei confronti dell'avvalente[15].

L'obbligo di indicare dettagliatamente le risorse oggetto del contratto di avvalimento responsabilizza l'ausiliario e offre all'amministrazione aggiudicatrice certezza, in ordine agli impegni assunti tra l'impresa ausiliaria ed ausiliata; contrastando così eventuali usi distorti dell'istituto di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 e contestualmente probabili elusioni delle regole previste dal bando di gara.

Per altro orientamento, infine, è compito dell'interprete stabilire, a seconda dei diversi casi concreti, quando la forma è richiesta a pena di validità, 1325 e 1418 c.c., ovvero ai fini probatori, art. 2787 c.c[16].

In particolar modo, si prediligerà la forma *ad substantiam*, se la stessa è prescritta, al fine di tutelare la parte debole del contratto, e quella *ad probationem*, nel caso di rapporti instauratisi con terzi, in quanto utile solo per documentare il rapporto giuridico.

Anche tale indirizzo parrebbe opinabile. Se la *lex specialis* richiedesse la forma *ad substantiam* per il contratto di avvalimento, il bando di gara potrebbe essere inficiato da vizi di illegittimità, poiché: l'art. 89 Codice dei contratti pubblici non fa espresso richiamo ad un requisito formale; l'art. 1325 c.c. richiede la forma considerata solo se espressamente prevista dal legislatore; in ipotesi di contratto di avvalimento, l'Adunanza Plenaria afferma che i contraenti, in quanto professionisti economici, sono posti in posizione di parità e pertanto, non essendovi una parte debole contrattuale, la forma *ad substantiam* non pare necessaria.

In conclusione, dunque, si potrebbe affermare che il requisito formale del contratto in questione sia *ad probationem*.

L'avvalimento, concluso tra l'avvalente e l'avvalso, infatti, è utile solo per documentare alla P.a. l'avvenuta conclusione del rapporto di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

Spostando l'attenzione sull'elemento causale, il medesimo si individua nello scambio commerciale intercorso tra l'avvalente e l'avvalso.

Precisamente, l'ausiliato, privo delle capacità richieste dalla *lex specialis*, acquisisce la possibilità di partecipare alla procedura di gara e di soddisfare il suo interesse patrimoniale in caso di aggiudicazione.

L'ausiliario, invece, – rinunciando alla partecipazione alla procedura di gara e agli eventuali rischi e responsabilità che potrebbero sorgere in sede di esecuzione dell'appalto – si obbliga a mettere a disposizione le proprie capacità tecnico-organizzative-economiche e ad assumere la responsabilità, di cui all'art. 89, co. 5,

[15] F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009, 246.

[16] In tal senso si v.: P. Gallo, *Trattato del contratto*, vol, II, cit., 1107.

d.lgs. n. 50/2016, dietro la corresponsione di un corrispettivo ovvero per perseguire un interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale[17].

Sicché, se lo scopo di lucro, perseguito dai contraenti, rappresenta la causa del contratto di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, nell'ipotesi in cui l'avvalso non consegue alcun vantaggio patrimoniale, il negozio giuridico sarebbe nullo, per assenza di causa, *ex* art. 1325 c.c.

Sembra difficile, infatti, ipotizzare che il contratto in esame possa non avere natura onerosa. In tale ipotesi, non si riuscirebbe a comprendere il motivo per il quale, un'impresa ausiliaria, che possiede le capacità per partecipare alla procedura di gara, decide di mettere a disposizione i propri requisiti a favore di un'altra impresa; riconoscendo a questa ultima la possibilità di partecipare alla gara nonché di rafforzare la sua posizione nel mercato, ove fosse individuata come aggiudicataria.

Tale ricostruzione non è accolta dall'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che «opta per l'individuazione dell'elemento causale nella sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti»[18].

Infine, l'ultimo elemento contrattuale da esaminare riguarda i requisiti ed i mezzi oggetto del contratto di avvalimento.

La previgente disposizione normativa art. 49, co. 2 lett. d e f, del d.lgs. n. 163/2006 disciplinava dettagliatamente gli adempimenti cui era tenuto l'avvalente.

In capo a quest'ultimo, sorgeva l'obbligo di produrre: «una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente»; «in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto». Nello stesso senso, la disposizione di cui all'art. 88 del D.p.r 22 giugno 2010, n. 207 prevedeva che il contratto di avvalimento doveva contenere in maniera «compiuta, specifica ed esauriente: l'oggetto, in termini di risorse e mezzi prestati, da individuare in modo determinato e specifico; la durata; ogni altro elemento utile».

Con la novellata disposizione legislativa di cui all'art. 89, co. 1, Codice dei contratti pubblici si statuisce: «il concorrente allega, altresì, la domanda di par-

---

[17] Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., ordinanza 19 febbraio 2016, n. 52, *cit.*; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242, in *Red. Giuffrè amm.,* 2016; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 gennaio 2015, n. 35, in *Dir. e giust*., 2015, 16 febbraio. In senso contrario si v.: TAR Toscana, sez. I, 21 marzo 2013, n. 443, in *Foro amm.*- T.ar., 2013, 3, 821; TAR Campania, Salerno, sez. I, 28 marzo 2012, n. 607, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2012, 3, 929; TAR Veneto, sez. I, 20 ottobre 2010, n. 5528, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2010, 10, 313; TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 ottobre 2010, 3303, in *Foro amm. - T.a.r.*, 10, 3210.

[18] Si v.: V. Neri, *La causa del contratto di avvalimento cit.* e Cass., ss. uu., 18 febbraio 2010, n. 3947.

tecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria».

Da una lettura incrociata tra le norme precitate affiora come l'art. 89 cit., si pone sul solco della previgente norma.

Analogamente, all'art. 49, co. 2 lett. d e f, d.lgs. n. 163 del 2006, l'art. 89 cit., onera l'ausiliata ad allegare l'originale o copia autentica del contratto di avvalimento alla domanda di partecipazione alla gara.

Contestualmente, però, l'art. 89 cit. si discosta dalla norma precedente, laddove prevede la specificazione dei requisiti e delle risorse fornite dall'ausiliaria, pena la nullità del contratto. Ebbene, secondo il comma 1 dell'articolo in esame possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, indicati nell'art. 83, comma 1 lett. b e c, d.lgs. n. 50/2016.

Quanto alle capacità relative ai titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali, invece, le stesse possono essere oggetto di avvalimento solo se l'ausiliaria si impegna ad eseguire direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

Il legislatore, inoltre, ha inteso specificare che il concorrente non può ricorrere all'istituto oggetto di studio nei seguenti casi: a) per soddisfare il requisito di iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali, art. 212, co. 10, d.lgs. n. 152/2006; b) se i lavori oggetto di appalto abbiano un contenuto tecnologico ovvero se, inseriti in un appalto complesso, sono connotati da un'elevata tecnicalità ed hanno un valore superiore al 10% dell'importo complessivo del lavoro oggetto del contratto. Tali opere (i.e. strutture, impianti, opere speciali…) sono individuate nel decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti (art. 89, co. 11, d.lgs. n. 50/2016).

La disciplina prevista dalla norma citata rinvigorisce il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sorto circa la possibilità di rendere oggetto di avvalimento la certificazione di qualità.

Per un primo orientamento, la stessa non può essere oggetto di avvalimento, poiché relativa a caratteristiche soggettive dell'impresa terza che, in quanto tali, non possono essere messe a disposizione dell'ausiliato. Ove il decisore politico avesse voluto rendere oggetto dell'istituto la certificazione di qualità lo avrebbe espressamente previsto nel d.lgs. n. 50/2016.

Per un secondo indirizzo giurisprudenziale, invece, l'avvalimento può essere escluso solo per i requisiti aventi natura generale (art. 80 d.lgs. n.50/2016), poiché la moralità posseduta da un operatore economico risulta indisponibile.

La certificazione sopra richiamata non può essere annoverata, quindi, al *genus* dei requisiti a carattere generale.

La stessa consiste in una attestazione con cui si certifica che l'operatore economico dispone di una struttura organizzativa idonea a garantire l'esecuzione della prestazione secondo determinati standard di qualità.

Proprio la subordinazione del rilascio della certificazione di qualità alla presenza di una struttura organizzativa posseduta dall'impresa, quindi, induce a ricondurre la certificazione in questione alla categoria dei requisiti di natura tecnico-organizzativa.

In ordine al tema considerato, l'ANAC, inizialmente, ha sancito l'inammissibilità dell'istituto dell'avvalimento avente ad oggetto le certificazioni di qualità, poiché questa ultima «essendo intimamente correlata alla capacità di un operatore economico di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse conformemente a standard riconosciuti ottimali, non è cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità»[19].

Tuttavia, sulla scorta delle recenti pronunce giurisprudenziali, l'Autorità ha evoluto il proprio orientamento ed ha considerato ammissibile l'avvalimento di certificazioni di qualità; purché l'avvalso metta a disposizione dell'avvalente l'intero complesso organizzativo aziendale (i fattori della produzione, i materiali necessari e le risorse personali), indispensabile a rendere effettivo il prestito a favore dell'impresa ausiliata; ciò, al fine di scongiurare un utilizzo cartolare ed astratto dell'avvalimento[20].

Ciò detto, in tale scenario legislativo emerge chiaramente come la specificazione dettagliata delle risorse sia indispensabile per consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare: l'effettiva idoneità dei mezzi di garantire la corret-

[19] Parere ANAC, *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avvalimento," e "soccorso istruttorio",* in *anac.it.*

[20] Cons. Stato, sez. IV, 1 agosto 2016, n. 3467; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852; Cons. Stato., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2225; Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2017, n. 371 Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018, n. 2953, in *giustizia-amministrativa.it.*, il quale ha affermato: «L'avvalimento può avere ad oggetto, secondo consolidata giurisprudenza, anche la certificazione di qualità di cui la concorrente sia priva. È stato di recente specificato che, quando un oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità».

ta esecuzione della prestazione contrattuale; la concreta esistenza della «sinergia aziendale» tra le parti dell'avvalimento[21].

In questa prospettiva l'intento del legislatore è quello di evitare che il rapporto di avvalimento si trasformi in "una scatola vuota". Ne discende, che i mezzi e le risorse oggetto dell'avvalimento devono essere indicati in maniera puntuale e dettagliata, pena la nullità del contratto, *ex* art. 1346 c.c. e art. 1418, co. 2, c.c., per impossibilità di individuare l'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto specifico, coercibile per l'aggiudicatario, *ex* art. 89, co. 5, d.lgs. n. 50 del 2016.

4.1. (**Segue**): *la specificità dell'oggetto di avvalimento e le diverse ricostruzioni esegetiche*

Descritti gli elementi essenziali del contratto di avvalimento, occorre analizzare le diverse ricostruzioni esegetiche formulatesi in ordine all'oggetto dell'istituto in esame.

Per un primo orientamento, il mero e generico riferimento delle «risorse necessarie di cui è carente il concorrente» nel contratto di avvalimento, legittima la stazione appaltante ad escludere l'operatore economico dalla gara di appalto.

Secondo questo indirizzo, quindi, il contratto di avvalimento, privo di un'indicazione analitica e specifica delle capacità e dei mezzi messi a disposizione, è nullo, per indeterminatezza dell'oggetto del contratto, art. 1418, co. 2, c.c., e idoneo a consentire i c.d. avvalifici[22].

Un secondo orientamento – oramai prevalente – invece, distingue l'avvalimento c.d. operativo da quello di garanzia, a seconda della natura dei requisiti oggetto del contratto.

Nel primo caso, l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata risorse materiali o oggettive riguardanti l'assetto organizzativo dell'impresa (i.e. mezzi e le attrezzature tecniche; il personale tecnico e specializzato nonché ogni altro elemento aziendale che possa essere posseduto da un'impresa).

Nel secondo caso, invece, l'avvalso mette a disposizione dell'avvalente i requisiti economico-finanziari (i.e. fatturato globale d'impresa; il capitale sociale minimo…), ossia la «sua solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudi-

[21] TAR Lazio, Roma, n. 5545/2017, in *giustizia-amministrativa.it.;* TAR Toscana, Firenze n. 865/2014, in *giustizia-amministrativa.it*.; Cons. Stato, sez. III 12 novembre 2014, n. 5573, in *Diritto e giustizia.*

[22] Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396, in *Redazione Giuffrè amm*., 2015; Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2015, n. 4456, in *Redazione Giuffré amm.,* 2015; Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365, in *Foro amm. (Il),* 2014, 5, 1445.

cataria ausiliata, ampliando così lo spettro delle responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto»[23].

Ciò specificato, secondo i sostenitori di tale tesi la validità del contratto oggetto di studio andrebbe verificata proprio in relazione alla distinzione tra avvalimento operativo e di garanzia.

Precisamente, la prima tipologia di negozio giuridico è valida se le risorse oggetto del contratto sono indicate dettagliatamente dai contraenti.

Diversamente, nell'accordo c.d. di garanzia non è richiesta la specificazione dei beni patrimoniali, essendo sufficiente che dal medesimo si evinca l'obbligo assunto dall'impresa ausiliaria a prestare a favore dell'ausiliata la sua solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale[24].

Da tale orientamento si discosta l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene irrilevante la distinzione tra avvalimento c.d. operativo e di garanzia[25].

Le parti contraenti sono sempre tenute ad elencare in modo dettagliato e puntuale le risorse ed i mezzi prestati, sia per garantire la validità del contratto (diversamente nullo per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto, art. 1418 c.c.), sia per escludere eventuali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione[26].

A parere di chi scrive, inoltre, l'assenza di un'analitica individuazione delle risorse oggetto del contratto produrrebbe ulteriori risvolti giuridici.

Anzitutto, violerebbe la nozione «dogmatica di forma contenuto», secondo la quale la forma del contratto non è solo un elemento essenziale affinché le parti del negozio manifestino la loro volontà, ma è anche «l'incorporazione di un contenuto minimo di informazioni che attraverso il contratto devono essere fornite»[27].

In secondo luogo non consentirebbe alla stazione appaltante di valutare accuratamente il contenuto negoziale dell'avvalimento.

La necessità di indicare analiticamente le risorse oggetto del contratto di avvalimento, si pone a fondamento della posizione giurisprudenziale sostanzialistica, la quale ritiene che l'avvalimento c.d. di garanzia assolve la funzione di garantire all'amministrazione aggiudicatrice un «partner commerciale con solidità patrimo-

---

[23] Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2014, n. 594, in *giustizia-amministrativa.it*

[24] Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1216, in *L'amministrativista.it*; Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422, in *Foro amm* T.a.r., 2017, 7-8, 1534; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032, in *Red. Giuffrè amm.,* 2016; Cons. Stato, sez. III, 4 novembre 2015, n. 5938, *giustizia-amministrativa.it*.

[25] Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 gennaio 2015, n. 35; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., ordinanza, 19 febbraio 2016, n. 52, *cit*.; Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015, n. 3390, in *giustizia-amministrativa.it;* Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4544, in *Foro amm.* - T.a.r., 2015, 9, 2280.

[26] Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2015, n. 4456, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365, in *Foro amm. - T.a.r.,* 2014, 5, 1445.

[27] Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., ordinanza, 19 febbraio 2016, n. 52, cit.

niale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale solo se rende palese la concreta disponibilità di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliaria»[28].

Ebbene, proprio l'espressione giurisprudenziale "solo se rende palese la concreta disponibilità" parrebbe far ritenere che, anche, in ipotesi di avvalimento c.d. di garanzia, l'oggetto deve essere determinato in modo dettagliato, per consentire alla stazione appaltante di valutare l'effettiva garanzia patrimoniale assunta dall'avvalso.

In caso contrario, il contratto in esame sarebbe nullo, *ex* art. 1418, co. 2, c.c., con conseguente legittimazione della stazione appaltante ad adottare un provvedimento di esclusione dalla gara nei confronti dell'impresa ausiliata[29].

Infine, la dottrina ha enucleato la tesi c.d. intermedia, la quale, condividendo la distinzione tra avvalimento di c.d. garanzia e operativo, ipotizza che il grado di specificità dell'oggetto dell'avvalimento deve essere strettamente correlato alla maggiore o minore complessità della prestazione individuata dal bando di gara[30].

Sicché, se la prestazione richiesta dal bando di gara non configura alcuna complessità, non è indispensabile individuare dettagliatamente i mezzi e le risorse oggetto del contratto di avvalimento[31].

La scelta di correlare la specificità dell'oggetto di avvalimento, però, riconoscerebbe all'impresa ausiliaria ed all'ausiliata, previa valutazione della complessità della prestazione oggetto del contratto di appalto, un'ampia discrezionalità circa il grado di determinatezza dell'oggetto del contratto, di cui all'art. 89 cit.

Inoltre, configurerebbe il rischio di precludere l'aggiudicazione della gara agli operatori i quali, ritenendo non complessa la prestazione da eseguire, hanno indicato sommariamente i requisiti di cui si intendono avvalere.

È indubbio, infatti, che in sede di valutazione delle offerte, la P.a. individui come aggiudicatario l'offerente che, specificando dettagliatamente i mezzi ed i requisiti oggetto del contratto di avvalimento, consenta di valutare più accuratamente l'idoneità delle risorse prestate o il grado di serietà dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria.

Orbene, in presenza dei su richiamati orientamenti discordanti, con sentenza del 4 novembre 2016, n. 23, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha sta-

[28] Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015, n. 3390, in *giustizia-amministrativa*.it; Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2015, n. 2539, *Guida al diritto,* 2015, 28, 94; Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2014, n. 3057, cit.

[29] Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2014, n. 1322, in *giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Torino, 24 febbraio 2017, n. 277, in *giustizia-amministrativa.it*.

[30] G.C. Figuera, *L'avvalimento come contratto tipico di impresa*, in *Urb. e app.* 2016, 6, 667, ritiene di dover escludere che «la specificità e la determinatezza dell'elemento oggettivo del contratto di avvalimento debbano essere interpretate «meccanicamente, secondo aprioristici schematismi concettuali, che non tengano conto del singolo appalto e, soprattutto, frustrando la sostanziale disciplina dettata dalla *lex specialis*; specialmente nelle ipotesi in cui le capacità prestate abbiano natura immateriale, non vi è la necessità di indicazione dei mezzi ed attrezzature».

[31] G.C. Figuera, *L'avvalimento come contratto tipico di impresa*, cit., 667.

tuito: «…in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento…non sussistono i presupposti per fare applicazione alla teoria c.d. del requisito della forma/contenuto»[32].

Con tale pronuncia i giudici di Palazzo spada hanno affermato la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui non vi sia almeno una parte dell'oggetto del contratto stesso, dalla quale si possa determinare il tenore complessivo del documento[33].

In tale ipotesi, secondo la giurisprudenza amministrativa, non si configurano i presupposti per ricorrere alla teoria del "requisito della forma/contenuto".

Tale teoria trova operatività solo per tutelare il contraente debole del rapporto giuridico, da eventuali asimmetrie informative, attraverso il ricorso ad una specifica forma c.d. nullità di protezione[34].

Di conseguenza, considerato che in materia di contrattualistica pubblica le parti si pongono in una posizione paritaria, l'Adunanza plenaria esclude l'imposizione dei vincoli formali a tutela del contraente debole e la conseguente introduzione di forme di nullità di protezione[35].

Per tale ragione, dunque, si ritiene valido il contratto di avvalimento il cui oggetto non è determinato, ma determinabile *ex* art. 1346 c.c.; in virtù dell'applicazione della disciplina civilistica in materia di interpretazione delle clausole e della conservazione del rapporto giuridico, artt. 1363 e 1367 c.c.

Invero, la mancanza dell'asimmetria informativa, in materia di avvalimento, non pare così tautologica.

A tal proposito, giova evidenziare che le parti, pur essendo operatori economici, non operano in posizione di parità.

L'impresa ausiliaria, possedendo i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, si pone in una posizione dominante nel mercato delle commesse pubbliche rispetto all'impresa ausiliata che, priva dei requisiti richiesti dal bando di gara, deve necessariamente ricorrere all'istituto di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

In tal contesto, l'applicazione in via analogica della teoria c.d. della forma contenuto ai contratti pubblici garantirebbe una maggior tutela, sia alla stazione appaltante, che potrebbe valutare più accuratamente il contenuto negoziale del contratto di avvalimento, sia all'avvalente che ha concluso un contratto di avvali-

---

[32] Cons. Stato, ad. pl., 4 novembre 2016, n. 23, cit.

[33] *Ibidem.*

[34] Per ulteriori approfondimenti in ordine alla teoria della c.d. forma contenuto si rinvia a F. Di Marzio*, I contratti d'impresa. Profili generali*, Torino, 2008, 71; S. Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti,* Pisa, 2009, 17.

[35] Cons. Stato, ad. pl., 4 novembre 2016, n. 23, *cit*.

mento accettando l'apposizione di clausole a sé sfavorevoli; ciò, attraverso l'operatività della disciplina della c.d. nullità di protezione.

Tuttavia, l'argomentazione giuridica condotta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in ordine alla validità del contratto di avvalimento per determinabilità dell'oggetto, è stata di recente confermata.

In particolare, il Collegio ha affermato «…per l'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria […] non è richiesta l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali messe a disposizione dell'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto» essendo sufficiente che dalla stessa emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a mettere a disposizione la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimoniale esperienziale[36].

Questa ultima considerazione dovrebbe, però, essere rimeditata alla luce del nuovo art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

La locuzione normativa «il contratto di avvalimento contiene […] la specificazione dei requisiti […]», art. 89, co.1, d.lgs. n. 50/2016, obbliga i contraenti ad indicare puntualmente i beni o le risorse materiali, idonei a provare una certa consistenza patrimoniale, pena la nullità del contratto[37].

La *ratio* sottesa a tale scelta legislativa va probabilmente individuata nella funzione assolta dalla determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, indirizzata a dare concretezza all'impegno assunto dalle parti.

Così, la determinatezza del contenuto negoziale giunge a configurarsi come un presupposto indispensabile per la validità del rapporto giuridico in esame.

La stessa, quindi, non può essere surrogata da un mero rinvio al contenuto della dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria ovvero *per relationem* «dal semplice riferimento contrattuale all'attestazione SOA»[38].

La promessa effettuata dall'impresa ausiliaria, infatti, è un atto unilaterale, distinto, ed autonomo rispetto al contenuto del contratto di avvalimento; non idoneo ad integrare *per relationem* l'elemento contenutistico del contratto di avvalimento.

---

[36] Cons. Stato, ad. pl., 4 novembre 2016, n. 23, *cit*.

[37] Al riguardo, il Cons. Stato, sez. V, con sentenza del 30 gennaio 2019, n. 755 ha specificato: «…al di là della tipologia di requisito prestato (capacità economico-finanziaria o capacità tecnico-professionale), se il grado di specificazione dei mezzi e personale richiesto affinché il contratto non sia nullo ai sensi dell'art. 89, co. 1, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016 (per indeterminatezza dell'oggetto) dipende dal contenuto specifico del singolo contratto di avvalimento […] va sicuramente esclusa la validità del contratto di avvalimento che applichi forme contrattuali del tutto generiche […]», in *giustizia-amministrativa.it.*

[38] Cons. Stato, sez. V., 17 marzo del 2014, n. 1322, in *Foro amm*. - T.a.r., 2014, 3, 825; Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio del 2014, n. 2675, in *Foro amm. - T.a.r.,* 2014, 5, 1419; Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2016, n. 5052, in *Foro amm. - T.a.r.,* 2016, 2, 2930.

Ciò che assume rilevanza per la stazione appaltante, quindi, è solo il contenuto negoziale, cristallizzato dalle parti in sede di conclusione del contratto, con il quale i contraenti disciplinano i loro rapporti, i rispettivi diritti ed obblighi.

Questa ricostruzione, però, non si conforma alla natura c.d. atipica del contratto in esame, la quale *ex* art. 1322, co. 2, c.c. riserva alle parti ampia libertà nella determinazione del contenuto negoziale.

Tale libertà comporta la possibilità per i contraenti di determinare l'elemento oggettivo del contratto in esame *per relationem*, ossia attraverso il rinvio ad elementi idonei (i.e. atti amministrativi; normativi; atto di autonomia privata compiuto dai contraenti), ivi compresa la promessa unilaterale dell'ausiliaria[39].

5. *La responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria vs la stazione appaltante*

Come anticipato in premessa, un altro aspetto oggetto di indagine riguarda la responsabilità solidale che sorge in capo all'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

L'art. 89, co. 5, d.lgs. n. 50/2016 sancisce la responsabilità solidale dell'ausiliaria e dell'ausiliata nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice «in relazione alla prestazione oggetto del contratto».

La previsione della responsabilità solidale trae il suo fondamento nell'esigenza di garantire un equilibrio tra il principio di libera concorrenza e quello di corretta esecuzione degli appalti; scongiurando così il rischio di eventuali avvalifici[40].

Tuttavia, l'ambigua formulazione del contenuto precettivo, art. 89, co. 5, Codice dei contratti pubblici, parrebbe far pensare che l'avvalso sia responsabile solidalmente in relazione a tutta la prestazione oggetto di appalto e non dunque solo per quella parte eseguita in virtù delle capacità tecnico-economico-finanziarie oggetto di avvalimento.

Invero, tale considerazione appare infondata.

Se l'impresa ausiliaria fosse responsabile solidalmente in relazione a tutto l'oggetto del contratto di appalto, la stazione appaltante dovrebbe accertare se in capo alla stessa (ausiliaria) sussistono le risorse ed i mezzi oggetto di avvalimento,

---

[39] TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545, in *Processotelematico.it*

[40] M.E. Boschi, *Ammissibilità e limiti dell'avvalimento nei pubblici appalti tra requisiti di partecipazione ed esecuzione del contratto di appalto*, in *Foro amm.* - T.a.r., 2007, 2391 ss.; S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali,* in *Foro amm.* - T.a.r., 2006, 7, 1124 ss.; F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1432 ss.; A. Figuera, *L'avvalimento delle certificazioni di qualità: non liquet*, in *Urb. e App.,* 2014, 492. A. Ilacqua, *Il contratto di avvalimento*, in *Il corriere del merito,* 2010, 2, 128.

le cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, nonché ogni ulteriore requisito richiesto dalla *lex specialis*.

A ciò, si aggiunga che l'avvalso sarebbe responsabile in ipotesi di inesatta esecuzione dell'intera prestazione contrattuale da parte dell'appaltatore e, pertanto, non intendendo rispondere ingiustamente per un fatto altrui, potrebbe optare per la partecipazione personale alla procedura di gara[41]; con contestuale rischio per le piccole e medie di non trovare un operatore economico disposto a mettere a disposizione i mezzi o le risorse.

Per le ragioni appena esposte, è chiaro, quindi, che la responsabilità solidale in capo all'avvalso dovrebbe essere limitata alla parte di prestazione eseguita attraverso l'utilizzo delle risorse oggetto del contratto di avvalimento.

Se tale principio è oramai pacifico quando l'avvalimento ha ad oggetto requisiti materiali, in cui l'ausiliaria è responsabile solidalmente sotto il profilo risarcitorio, ma solo limitatamente alla parte di prestazione – eseguibile mediante le capacità tecniche organizzative oggetto di avvalimento – e di valore economico contenuto.

La questione diviene più complessa nell'ipotesi in cui l'avvalimento abbia ad oggetto i requisiti di tipo immateriale (i.e. fatturato, l'attestazione SOA…)[42].

In tal caso, i mezzi e le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria riguardano l'intera prestazione oggetto del contratto di appalto e, pertanto, non risulta agevole individuare la parte dell'oggetto di appalto collegata alle risorse prestate né il limite della responsabilità dell'avvalso.

In capo all'impresa ausiliaria, quindi, potrebbe sorgere un'ampia responsabilità, a seconda dello schema contrattuale mediante il quale l'ausiliaria mette a disposizione le sue risorse[43].

---

[41] G.P. Cirillo, *Profili processuali dell'avvalimento e comparazione tra vecchia e nuova disciplina*, in commentario di dottrina e giurisprudenza (a cura) G.M. Esposito, *Codice dei contratti pubblici*, vol. II, Milano, 2017, 1185. Inoltre, S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitari e principi nazionali*, cit., 1177. Diversamente l'ANAC, con parere di precontenzioso n. 392 del 12 aprile del 2017, ha affermato che la clausola di limitazione della responsabilità «riferita ai soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliaria» vizia il contratto di avvalimento, poiché si pone in contrasto con la piena responsabilità solidale prevista in capo al concorrente e all'ausiliaria nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, in ordine a tutte le prestazioni oggetto del contratto di appalto, dall'art. 89, co.5, d.lgs. n. 50 del 2016, si v.: *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avvalimento" e "soccorso istruttorio", cit*.

[42] TAR Lazio, Roma, sez. III, 2 gennaio 2017, n. 22: l'avvalimento «ha la funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale […] impone la dimostrazione della disponibilità di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata», in *giustizia-amministrativa.*it.

[43] R. Mangani, *L'avvalimento nel nuovo Codice dei contratti pubblici tra vecchie questioni e nuovi problemi,* in *giustamm. it.,* XV, febbraio 2018.

In particolare, nell'ipotesi di subappalto, ai sensi dell'art. 89, co. 8, d.lgs. n. 50 del 2016 l'impresa ausiliata può subappaltare l'oggetto del contratto di appalto all'impresa ausiliaria nei limiti dei requisiti prestati[44].

Pertanto, la responsabilità dell'ausiliaria sarà circoscritta alla prestazione oggetto del contratto di subappalto che si impegna ad eseguire.

Considerazioni differenti devono essere effettuate nel caso di affitto di azienda o di un suo ramo, poiché tale schema contrattuale non individua la quantità e la tipologia di prestazioni che saranno eseguite attraverso l'azienda affittata.

In tal caso, quindi, in capo all'impresa ausiliaria si configurerebbe una responsabilità solidale più ampia; fermo restando che, in virtù dell'autonomia contrattuale, le parti potrebbero apporre delle clausole limitative della responsabilità dell'ausiliaria, purché strettamente correlate alla natura e alle peculiarità delle risorse oggetto di avvalimento. In questo senso, la stazione appaltante, per determinare la responsabilità dell'impresa ausiliaria, sarà tenuta a valutare: lo schema contrattuale a cui le parti hanno ricorso; l'eventuale presenza di clausole limitative della responsabilità e la proporzione delle medesime alla natura dei requisiti; infine, il contenuto del singolo contratto con cui l'impresa ausi-

[44] A tal proposito, si ritiene di affermare che l'assenza di una disposizione legislativa che disciplina compiutamente la possibilità dell'impresa ausiliaria di rivestire la qualifica di subappaltatore, potrebbe indurre ad elaborare la tesi, secondo la quale il legislatore nazionale rinvia implicitamente alla normativa prevista in materia di subappalto, art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016. Tuttavia, dalla lettura incrociata degli artt. 89, co. 8, e 105 d.lgs. n. 50 del 2016 sorgerebbero diversi aspetti problematici. Anzitutto, non è chiaro se possa essere subappaltata solo la parte di prestazione per la quale sono state messe a disposizione le capacità da parte dell'avvalso ovvero l'obbligazione di lavori, servizi e forniture, intesa in senso ampio, oggetto del contratto di appalto. In secondo luogo, nell'art. 105, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016 il legislatore specifica che il contratto di subappalto non può superare il 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture. In tale circostanza, ci si interroga se nell'ipotesi di cui all'art. 89, co. 8, d.lgs. n. 50/2016 il 30% deve essere determinato come disposto dal co. 2 dell'art. 105 cit. ovvero tenendo conto del mero valore della prestazione eseguibile mediante i requisiti oggetto del contratto di avvalimento. Infine, secondo il disposto normativo di cui all'art. 105, co. 7 Codice dei contratti pubblici, al momento del deposito del contratto di subappalto, l'affidatario deve trasmettere alla stazione appaltante la certificazione attestante il possesso dei requisiti generali, art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016, da parte del subappaltatore. Diversamente, in materia di avvalimento, l'art. 89, co. 8, d.lgs. n. 50/2016 statuisce: «l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati», ossia in relazione alle risorse ed ai mezzi oggetto del contratto di avvalimento. Orbene, il riferimento chiaro ai requisiti prestati indirizza a sostenere che il subappalto potrebbe riguardare solo le prestazioni oggetto del contratto di avvalimento e che il 30% deve essere calcolato in relazione al valore delle prestazioni eseguite con i mezzi e le capacità oggetto del contratto di avvalimento (tale percentuale, ai sensi dell'art. 1, co. 18, della legge 55 del 2019, in vigore dal 18 giugno del 2019, non può superare la quota del 40% dell'importo complessivo fino al 31 dicembre del 2020). In altri termini, l'utilizzo dell'espressione "requisiti prestati" impone di mettere in correlazione la "quantità e qualità" delle prestazioni che l'appaltatore può subappaltare all'impresa ausiliaria, con il complesso dei requisiti oggetto dell'istituto di cui all'art. 89 cit. Da ultimo, nel subappalto ordinario, art. 105, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, il subappaltatore è un soggetto terzo ed estraneo alla stazione appaltante e l'appaltatore principale è responsabile in via esclusiva nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice; fermo restando i casi di responsabilità solidale del subappaltatore, *ex*. art. 105, commi 8 e 9, d.lgs. n. 50 del 2016. Diversamente, nel caso di subappalto che nasce in ambito di avvalimento l'ausiliario – subappaltatore è responsabile solidalmente nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.

liaria si obbliga a mettere a disposizione le risorse nei confronti dell'ausiliata. sua giustificazione.

È indubbio che tale operazione impone uno sforzo rilevante alla stazione appaltante, ma è pur vero che la stessa consente alla P.a. di vagliare se le risorse oggetto del contratto di avvalimento garantiscono una corretta esecuzione dell'oggetto del contratto di appalto.

Da quanto sin qui argomentato, affiora come la responsabilità solidale dell'avvalso assolve una funzione di garanzia per la stazione appaltante[45].

[45] La responsabilità solidale dell'avvalso assolve una funzione di c.d. garanzia anche nel caso di avvalimento c.d. infragruppo o interno, stipulato tra operatori economici raggruppati in associazioni temporanee tra imprese (c.d. a.t.i.). A tal proposito, si rammenta che le facilitazioni probatorie prevista dal previgente art. 49, co. 2, lett. g, d.lgs. n. 163 del 2006 sono state abrogate. Il legislatore nazionale quindi con l'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 agisce nell'ottica di riconoscere una funzione di garanzia alla responsabilità assunta dall'ausiliario nei confronti della P.a.. Pertanto, in luogo del contratto di avvalimento non sarà più possibile presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo. La mera dichiarazione unilaterale della sola impresa ausiliata, infatti, non è idonea a far sorgere l'obbligazione in capo ad un soggetto terzo (ausiliaria) nei confronti dell'ausiliata e della stazione appaltante. Secondo il Consiglio di Stato, quindi, in ipotesi di avvalimento infragruppo le parti devono produrre il contratto di avvalimento interno, a pena di invalidità, al fine di consentire alla stazione appaltante di vagliare l'idoneità dei requisiti prestati nonché l'effettività e la serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria, si v.: Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2018, 907. Ciò detto, si coglie l'occasione per svolgere qualche considerazione in ordine alle differenze tra l'istituto dell'avvalimento e quello delle a.t.i. Preliminarmente, è opportuno precisare che le a.t.i. si distinguono in a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali. In particolare, si qualificano a.t.i. orizzontali i raggruppamenti creati da operatori economici che possiedono le medesime competenze richieste per dare esecuzione al contratto di appalto. Diversamente, si è in presenza di a.t.i. verticali, quando l'impresa mandataria possiede competenze necessarie per dare esecuzione alla prestazione principale del contratto di appalto e le mandanti, invece, danno esecuzione a quelle secondarie. Nelle a.t.i. verticali, quindi l'impresa mandataria si associa alle altre imprese capaci di dare esecuzione alle prestazioni secondarie. Diversamente dalle a.t.i. orizzontali quelle verticali possono costituirsi, solo ove nella *lex specialis* la stazione appaltante abbia indicato le prestazioni da identificare come principali e quelle da qualificare come secondarie. La *ratio* sottesa alla disposizione considerata, è volta a precludere all'impresa associata la possibilità di scomporre il contenuto della prestazione, procedendo, quindi, a distinguere le prestazioni principali da quelle secondarie, al fine di ripartire le medesime tra le diverse imprese associate; si v.: TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 febbraio 2019, n. 1530, in *l'amministrativista.it.,* 2019, 2; Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 519, in *l'amministrativista.it.,* 2019, 1. Orbene, la distinzione tra le tipologie di a.t.i. orizzontali e verticali non è puramente nominalistica, ma serve ad individuare la tipologia di responsabilità che sorge in capo alle associate. Infatti, mentre nel caso di a.t.i. orizzontali tutte le imprese associate, responsabili solidalmente, sono tenute all'adempimento dell'intera prestazione e l'adempimento di uno, libera gli altri condebitori. Una responsabilità meno ampia sorge in capo alle imprese associate in ipotesi di a.t.i. verticali, nella quale le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte e la mandataria risponde in via solidale con ciascuna delle imprese mandanti in relazione alle rispettive prestazioni secondarie, s. v. Cons. Stato, ad.pl., 13 giungo 2012, n. 22. Nel caso delle a.t.i., quindi, la responsabilità muta a seconda del carattere orizzontale o verticale del raggruppamento. In ipotesi di avvalimento, invece, dalla lettera di cui all'art. 89, co. 5, d.lgs. n. 50 del 2016 la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria sorgerebbe solo in ordine alla parte di prestazione eseguita, in virtù delle risorse oggetto di avvalimento; a prescindere dalla tipologia di risorse oggetto del contratto. Inoltre, se le raggruppate sono obbligate ad adempiere la prestazione oggetto del contratto di appalto, diversamente l'ausiliaria, in ipotesi di inadempimento dell'ausiliata, è tenuta solo ad indennizzare o risarcire il danno patito dalla P.a. Proseguendo nell'analisi comparata tra le a.t.i. e l'avvalimento ulteriori differenze si colgono in ordine alle ipotesi modificabilità dei soggetti; ciò in virtù delle peculiarità della garanzia c.d. atipica che connotano il rapporto tra impresa ausiliaria e ausiliata. Mentre, l'art. 48, co. 17 e 18 d.lgs. n. 50 del 2016, consente alla stazione appaltante di proseguire un rapporto di appalto con un nuovo mandatario, qualora il precedente sia attinto da una sopravenuta perdita dei

Altresì, con le recenti pronunce, la giurisprudenza amministrativa è giunta a qualificare la responsabilità solidale dell'avvalso come elemento costitutivo del contratto di avvalimento di garanzia.

Al riguardo, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato «la responsabilità solidale delle due imprese viene infatti in rilievo, […], come strumento di realizzazione della "comunione" delle risorse finanziarie di cui è in possesso l'impresa ausiliaria e della quale il requisito del fatturato è espressione»[46]. La qualificazione operata dalla giurisprudenza amministrativa probabilmente è volta a colmare il *gap* che scaturisce dall'assenza di un'indicazione dettagliata dei beni patrimoniali e delle risorse oggetto dell'avvalimento c.d. di garanzia[47]; consentendo così alla P.a. di poter appurare l'effettivo impegno assunto dall'ausiliaria e di disporre di una maggior garanzia in ordine alla corretta esecuzione della prestazione contrattuale.

---

requisiti di cui all'art. 80 Codice dei contratti pubblici, in sede di esecuzione del contratto di appalto. Diversamente, in materia di avvalimento, l'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016 afferma che la stazione appaltante deve imporre all'impresa ausiliata di sostituire l'ausiliaria, priva di un criterio di selezione, o per la quale sussiste un motivo di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016. Orbene, rinviando ai successivi paragrafi l'analisi dell'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016, in tale sede è sufficiente specificare che la scelta condotta dal legislatore in materia di sostituibilità dell'impresa mandataria, in ipotesi di a.t.i., parrebbe contrastare la tutela della concorrenza. In altri termini, l'impossibilità dei raggruppati di sostituire la mandataria priva dei requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, durante l'accertamento dei requisiti di moralità, parrebbe vanificare l'obiettivo sotteso all'istituto delle a.t.i.. Le imprese, infatti, si vedrebbero preclusa la possibilità di accedere al mercato delle commesse pubbliche nonché violata la libertà di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41, co. 2, Cost.. La scelta di partecipare singolarmente alla gara, inoltre, parrebbe ulteriormente possibile, alla luce della locuzione ampia e generica "gravi illeciti professionali", art. 80, co. 5 lett. c, come modificato da ultimo con d. l. n. 135 del 2018. L'ampia e generica locuzione "gravi illeciti professionali", se per un verso, rimette alla stazione appaltante la facoltà di escludere l'operatore economico che ha tenuto condotte illecite non espressamente previste dal legislatore, per altro, non fornisce alcuna certezza in ordine alle condotte qualificabili come cause di esclusione dalla gara. Ne discende che, se il ricorso alle a.t.i. rappresenta, indubbiamente, una lecita logica imprenditoriale, le imprese, dovendo optare per la scelta più conforme ai propri interessi imprenditoriali, potrebbero decidere di partecipare individualmente alla procedura di gara.

Le imprese raggruppate nelle a.t.i., infatti, diversamente dall'ausiliata, possiedono singolarmente i requisiti richiesti dalla *lex specialis.* Pertanto, il ricorso all'istituto delle r.t.i. non si configura come indispensabile per poter accedere al mercato delle commesse pubbliche. Di parere discordante è la giurisprudenza amministrativa, si v. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 28 agosto 2018, n. 5292 in *Foro amm.(Il),* 2018, 7-8, 1348. Altresì, per ulteriori approfondimenti, in materia di a.t.i. si rinvia: D. Corapi, *Le associazioni temporanee di imprese*, Milano, 1983; *La disciplina delle associazioni di imprese dopo il decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406,* in *Riv. trim. appalti*, 1993, 431; R. Travaglini, *Le associazioni temporanee di imprese ed i consorzi nel decreto legislativo 1991, n. 406*, ivi; Cianflone, G. Giovannini, V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, XIII ed., Tomo I, 531;

[46] Con la recentissima sentenza del 4 aprile del 2018, n. 2102, la terza sezione del Consiglio di Stato si pronuncia nuovamente su una delle questioni più controverse in materia di avvalimento relativa alla determinatezza o determinabilità dell'elemento oggettivo. Nonostante la questione giudiziale sia incentrata sulla validità del contratto di avvalimento di garanzia, il Consiglio di stato si sofferma sulla peculiare qualificazione della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria come «strumento di realizzazione della comunione delle risorse finanziarie», ossia come elemento che assume rilevanza sul piano dei presupposti costitutivi del contratto di avvalimento; in *giustiziamministrativa.it*.

[47] Da quest'ultimo indirizzo ci si discosterebbe ove si militasse per quello esposto nel precedente paragrafo, che, optando per l'applicabilità della *lex specialis,* art. 89, co.1, d.lgs. n. 50 del 2016, in luogo dell'art. 1346 c.c. farebbe propendere per la nullità del contratto di avvalimento privo dell'indicazione puntuale ed analitica dei beni patrimoniali.

Se si condividesse questa ultima tesi, la validità dell'avvalimento di garanzia, privo dell'individuazione specifica dei beni patrimoniali, sarebbe subordinata alla presenza: della

dichiarazione con cui l'ausiliaria mette a disposizione le risorse oggetto di avvalimento; della dichiarazione con cui l'avvalso si obbliga ad essere responsabile solidalmente nei confronti della P.a..

Solo in presenza di questi ultimi presupposti, quindi, l'avvalimento potrebbe non essere considerato «alla stregua di un prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, tale da soddisfare su un piano meramente formale il requisito di partecipazione».

Chiarito, quindi, che la responsabilità solidale dell'avvalso rappresenta un elemento costitutivo dell'avvalimento di garanzia, occorre riflettere sull'ipotesi in cui nel contratto in esame non è contenuta la dichiarazione considerata, art. 89, co. 6, d.lgs. n. 50/2016.

In tal caso, il negozio giuridico in esame potrebbe essere considerato nullo, per violazione dell'art. 1418, co. 2, c.c.[48].

6. *Brevi riflessioni sulla paventata natura contrattuale della responsabilità dell'impresa ausiliaria*

Una completa trattazione dell'istituto in esame implica lo svolgimento di alcune considerazioni in relazione alla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità che sorge in capo all'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

In ipotesi di inadempimento dell'obbligazione contrattuale da parte dell'ausiliata, l'ausiliaria è responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 1218 c.c..

La tesi si fonda sulla circostanza che la dichiarazione di impegno resa dall'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante farebbe venir meno la posizione di terzietà della stessa.

Nonostante il contratto di appalto sia concluso tra la P.a. e l'ausiliata, l'ausiliaria non può essere considerata come un soggetto terzo ed estraneo al contratto in questione, poiché si impegna a mettere a disposizione le risorse, sia nei confronti dell'impresa ausiliata, sia verso la stazione appaltante.

[48] Di parere diverso è la giurisprudenza amministrativa, che considera valido il contratto di avvalimento, pur in assenza di un'espressa dichiarazione di assunzione di responsabilità solidale da parte del primo; in virtù dell'applicazione dell'istituto dell'eterointegrazione, *ex* 1374 c.c., in quanto anche in tal caso si deve considerare il contenuto obbligatorio esteso a «tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità».

L'ausiliaria, dunque, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, con sentenza n. 3499 del 2018, è titolare passivo di un'obbligazione autonoma, di natura accessoria « dipendente rispetto a quella principale del concorrente» che si perfeziona con l'aggiudicazione e la stipula a favore del concorrente ausiliato di cui segue le sorti; egli risponderà pertanto a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione»[49].

La coerenza sistematica di tale indirizzo, però, non parrebbe sufficiente per superare l'obiezione che esclude la natura contrattuale di tale responsabilità, per assenza di un vero e proprio rapporto negoziale tra l'ente appaltante e l'impresa ausiliaria.

Invero, la chiave risolutiva di tale problema potrebbe individuarsi nell'istituto del collegamento negoziale.

Nello specifico, l'impresa ausiliaria potrebbe essere responsabile per inadempimento contrattuale, in virtù del collegamento negoziale, che vi è tra il contratto di appalto e di avvalimento.

Affinché, si possa avere collegamento negoziale è indispensabile che i contraenti abbiano concluso uno o più negozi giuridici in un rapporto di stretta dipendenza o continuità, al fine di perseguire un vantaggio economico[50].

Sul punto, la giurisprudenza ha stabilito: ai fini della configurabilità di tale collegamento devono sussistere due elementi: oggettivo, «costituito dal nesso teleologico fra i negozi» e soggettivo costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore.

Con riferimento all'avvalimento, in capo all'ausiliato sorge l'interesse di avvalersi di alcuni requisiti, per partecipare alla procedura di gara.

---

[49] Per la giurisprudenza amministrativa, il contratto di avvalimento è efficace solo nel caso in cui l'impresa ausiliata si aggiudica l'appalto; ciò, perché il contratto di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 è stato concluso in funzione dell'aggiudicazione dell'appalto. Pertanto, ove l'aggiudicazione venisse meno, la stessa si configura come condizione risolutiva dell'avvalimento, il cui verificarsi priva di effetti il negozio *ab origine,* si v.: Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 895, in *Foro amm.* - T.a.r.*,* 2014, 2, 417; Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860, in *giustizia-amministrativa*.it. In tema di accessorietà dell'obbligazione si rinvia, F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici,* Milano, 1974, 46. Parte della dottrina ritiene che l'obbligazione dell'avvalso possa essere qualificata come «una garanzia personale di tipo fideiussorio», poiché connotata dal carattere accessorio e solidale, si v.: F. Cintioli, *L'avvalimento tra i principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici, cit.*, 1442. *Un diverso orientamento, invece, milita per l'opzione che considera la posizione dell'ausiliario come quella di un fideiussore ex lege,* v.: E. Del Prato, *Spunti civilistici*, in *Obbl. e contr.,* 2011, 389.

[50] Per ulteriori approfondimenti in ordine al collegamento contrattuale ed alle diverse forme di negozi collegati si v.: M. Giorgianni*, I negozi giuridici collegati,* in *Riv. it. sc. giur.,* 1937, 4 ss.; F. Messineo, *Contratto collegato,* in *Enc. Dir., X,* Milano, 1962, 52 ss.; N. Gasperoni, *Collegamento e connessione tra ragazzi,* in *Riv. dir. comm.,* 1955, I, 372 ss.; G. Ferrando, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative,* in *Contratto e impresa,* 2000, 127.

L'ausiliaria, invece, mette a disposizione le risorse previo pagamento di un contributo da parte dell'ausiliata o conseguimento di un'altra utilità economica; rintracciabile in un interesse di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale e desumibile dall'accordo negoziale concluso[51].

Quanto all'ulteriore scopo perseguito dai negozi giuridici collegati, infine, si sostanzia nell'aggiudicazione ed esecuzione della prestazione dell'appalto pubblico di lavori, servizi e forniture.

Tale tesi potrebbe essere opinabile per l'orientamento dottrinale che esclude la configurabilità della responsabilità contrattuale in capo all'impresa ausiliata, poiché terza ed estranea al contratto di appalto[52]. Ed invero, anche tale osservazione potrebbe essere superata.

All'istituto del collegamento negoziale vi si può ricorrere, infatti, anche in ipotesi di atti compiuti tra soggetti diversi – come nel caso che ci occupa: contratto di appalto concluso tra stazione appaltante e impresa ausiliata; contratto di avvalimento stipulato tra avvalso e avvalente – a condizione, puntualizza la giurisprudenza civile, che gli stessi siano voluti «come funzionalmente connessi e tra loro interdipendenti», per consentire il perseguimento dell'obiettivo voluto dalle parti, ossia l'aggiudicazione dell'appalto.

Sulla scorta di quanto detto, dunque, le parti ricorrono all'istituto del contratto collegato, per regolare i propri interessi patrimoniali e le vicende riguardanti un negozio non possono che ripercuotersi sull'altro.

Tuttavia, per meglio comprendere come gli effetti dell'inefficacia, dell'invalidità, e della risoluzione del contratto di avvalimento si riverberano su quello a cui è collegato (contratto di appalto), si riporta la seguente ipotesi.

L'impresa ausiliaria non rende disponibili i mezzi oggetto di avvalimento, in sede di esecuzione dei lavori oggetto del contratto e, pertanto, l'impresa ausiliata non può dare esecuzione all'oggetto del contratto di appalto.

In tal contesto, la stazione appaltante risolve il contratto per inadempimento contrattuale, art. 108 d.lgs. n. 50/2016; le vicende relative al contratto di appalto, di riflesso, si riverberano sul contratto di avvalimento e l'ausiliato risolverà il contratto di avvalimento per inadempimento contrattuale dell'ausiliaria.

---

[51] TAR Lazio, sez. III, 16 novembre 2016, n. 11382, in *L'amministrativista.it*, 2015.

[52] Per una completa trattazione della questione è doveroso rammentare che in dottrina si è enucleata la tesi, secondo la quale l'avvalso non è terzo ed estraneo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, poiché partecipa all'esecuzione del contratto di appalto. In questa prospettiva si orientano: F. Caringella e Giustiniani, *Manuale dei contratti pubblici,* Roma, 2015, 665, ove si afferma «che l'impresa ausiliaria, con il contratto di avvalimento, assume nei confronti della stazione appaltante una responsabilità solidale relativamente ai lavori oggetto della gara pubblica, trattandosi di una conseguenza che deriva direttamente dalla legge e si giustifica proprio per l'effettiva presentazione della citata impresa all'esecuzione dell'appalto». In senso contrario si v.: F. Fracanzani, *L'avvalimento: questioni pregiudiziali e giudicato (dopo il d.lgs. n. 6/07),* in *fracanzani.eu.,* 2007, 9, 7.

Ciò detto, per le superiori considerazioni la responsabilità dell'avvalso sembrerebbe di natura contrattuale.

Sicché, conseguentemente all'inesatto o mancato adempimento della prestazione da parte dell'avvalente, il medesimo potrebbe essere destinatario dell'azione di adempimento o di risarcimento esercitata dalla P.a., art. 1218 c.c.[53].

Questa ultima considerazione, sembrerebbe collidere con le peculiarità della garanzia c.d. atipica, che connotano il rapporto tra impresa ausiliaria e ausiliata.

In ipotesi di garanzia c.d. atipica, infatti, il garante è tenuto soltanto a corrispondere un indennizzo o un risarcimento del danno al creditore, ma non anche l'adempimento dell'obbligazione[54]. Di conseguenza, in caso di inottemperanza o di inesatto adempimento da parte dell'ausiliata, l'avvalso risponderebbe ai sensi dell'art. 1218 c.c., ma la P.a. potrebbe esperire solo un'azione di condanna e non anche di adempimento nei suoi confronti.

Descritta la tesi che propende per la natura contrattuale della responsabilità dell'impresa ausiliaria, l'attenzione si pone sull'indirizzo che opta per la natura extracontrattuale della medesima.

A fondamento di tale orientamento militerebbe non solo la posizione di terzietà ed estraneità dell'impresa ausiliaria, ma anche l'idea che tale responsabilità trovi fondamento in un'espressa previsione normativa.

La scelta di qualificare la responsabilità dell'ausiliaria come extracontrattuale, però, circoscriverebbe la medesima alla presenza dei presupposti di cui all'art. 2043 c.c. (dolo, colpa, condotta illecita, nesso causale tra la stessa ed il danno).

6.1. (**Segue**): *la responsabilità dell'avvalso vs l'avvalente in ipotesi di: dichiarazioni false; deficit del possesso dei mezzi oggetto di avvalimento; caducazione dei requisiti*

Concluse le considerazioni in ordine alla natura della responsabilità solidale che sorge in capo all'impresa ausiliaria, lo studio prosegue tentando di far chiarezza su alcune ipotesi che potrebbero sorgere sul piano applicativo: a) l'impresa ausiliaria ha reso dichiarazioni false in merito a condanne subite risultanti

---

[53] R. Mangani, *Avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, 2008, in *giustamm.it,* il quale esclude che la responsabilità solidale che sorge in capo all'impresa ausiliaria possa avere natura contrattuale, in quanto a fondamento del contratto di avvalimento non vi è quello di appalto.

[54] Cass., ss. uu., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Dir. ec. assicur.*, 2011, 1, 227. Si discosta da tale considerazione, G. Stella, *Garanzie autonome e Uniform rules for demand guarantees,* in Gitti, Delfini e Maffeis (a cura di), *Studi in onore di G. De Nova*, Milano, 2015, 2882, secondo il quale la responsabilità che sorge in capo all'avvalso presenta tutti i connotati tipici di una garanzia di tipo accessorio proprio della garanzia fideiussoria, anche se sotto il profilo pratico l'impresa ausiliaria non può essere sempre chiamata a dare esecuzione alla prestazione oggetto del contratto di appalto.

dal Casellario giudiziario dell'amministratore; b) si verifica un *deficit* del possesso dei mezzi e delle risorse oggetto di avvalimento; c) le risorse messe a disposizione dall'avvalso caducano *ex post* alla conclusione del contratto di appalto; d) i requisiti oggetto del contratto di avvalimento sono acquisiti in sede di procedura di gara personalmente dall'avvalente.

In merito alla prima circostanza, la giurisprudenza amministrativa dichiara infondate le censure indirizzate a far escludere la responsabilità dell'ausiliario in virtù della c.d. teoria del falso innocuo; questa ultima si applica solo quando le informazioni false non compromettono gli interessi in gioco e tale presupposto non sussiste in materia di procedura ad evidenza pubblica[55].

Durante l'espletamento della gara di appalto, infatti, le dichiarazioni non veritiere pregiudicano i diversi interessi configuratisi (i.e. il buon andamento e l'imparzialità della P.a.; il principio di speditezza e di continuità che assolve un ruolo importante in sede di valutazione dell'offerta,) oltre alla valutazione che la stazione appaltante svolge *ex ante* all'aggiudicazione della gara, in ordine alla sussistenza di gravi ipotesi delittuose che incidono sulla moralità professionale.

Pertanto, non risultando le informazioni rese connotate dal profilo dell'innocuità, la teoria in considerazione non è applicabile.

L'impresa ausiliaria sarà responsabile e la stazione appaltante – non dovendo condurre un'ulteriore indagine tesa ad accertare la natura dolosa o colposa dell'elemento psicologico né il livello di gravità della violazione – può procedere direttamente all'esclusione dell'avvalso[56].

L'ausiliata sarà obbligata a sostituire l'ausiliaria, *ex* art. 89, co.3, Codice dei contratti pubblici e contestualmente potrà agire giudizialmente contro la medesima, per ottenere il risarcimento del danno, art. 1218 c.c. o *ex* art. 2043 c.c.

Quando, invece, si configura la seconda ipotesi, l'ausiliario è responsabile *ex* art. 1218 c.c., salvo riesca a provare che il *deficit* temporaneo del possesso delle capacità oggetto di avvalimento sia stato causato da forza maggiore, nello specifico da eventi imprevedibili ed inevitabili. Ne deriva, che la stazione appaltante, dopo aver accertato la sussistenza del predetto *deficit*, impone all'avvalente di sostituire l'impresa ausiliaria.

Con riferimento alla terza ipotesi, l'avvalso perde i requisiti oggetto del contratto di avvalimento*, ex post* alla stipulazione del contratto di appalto tra l'ausiliato e la stazione appaltante[57].

---

[55] TAR Campania, Salerno, 21 febbraio 2018, n. 279, in *giustizia-amminisrtativa*.it; TAR Catanzaro, sez. II, 20 gennaio 2014, n. 124, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2013, n. 3045, in *Foro amm.*- Cds, 2013, 6, 1641; Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2012, n. 1471, in *Foro amm. - Cds*, 2012, 3, 570.

[56] Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2003, n. 2081, in *Riv. giur. edil.,* 2003, I, 1613; Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6768, in *Diritto e giust.,* 2003, 4, 37.

[57] Nell'ipotesi in cui l'ausiliaria perde le qualificazioni richieste successivamente al deposito dell'offerta, Corte giust. comm. Ue, sez. I, sentenza 14 settembre 2017, n. C- 223/16, Casertana costruzioni: «L'articolo

In tal caso, la P.a. può annullare in autotutela il provvedimento definitivo di aggiudicazione e chiedere la risoluzione del contratto di appalto, per successiva decadenza delle capacità dell'impresa ausiliaria.

Inoltre, se, dopo la risoluzione dell'appalto, la P.a. ha la necessità di disporre delle medesime prestazioni (i.e. completamento dei lavori, erogazione dei servizi o forniture), indice una nuova procedura di gara, in ossequio ai principi corollari in materia di appalti pubblici, quali la libera prestazione dei servizi, tutela della concorrenza, *favor partecipationis.*

In tale circostanza, qualora la caducazione delle risorse non sia dipesa da un comportamento imputabile all'impresa ausiliaria (i.e. dichiarazioni non veritiere o mendaci) probabilmente nessuna responsabilità per inadempimento contrattuale sorgerebbe in capo alla stessa nei confronti dell'avvalso; fermo restando la possibile configurazione di una responsabilità extracontrattuale, *ex* art. 2043 c.c.

Da ultimo, occorre vagliare la circostanza in cui l'impresa ausiliata riesca a raggiungere il requisito oggetto di avvalimento, in sede di procedura di gara, e la conseguente responsabilità che in capo alla medesima potrebbe sorgere nei confronti dell'impresa ausiliaria.

In tale ipotesi, se il concorrente riuscisse a dimostrare in sede di valutazione delle offerte di possedere personalmente le competenze tecnico-professionale-economiche richieste dalla *lex specialis*, non si verifica necessariamente una modificazione della domanda né una contraddizione con quanto dichiarato in sede di presentazione dell'istanza[58].

Occorre, però, tener conto anche degli interessi dell'impresa ausiliaria, la quale, impegnandosi a mettere a disposizione i requisiti a favore dell'impresa ausiliaria, si è preclusa la possibilità di partecipare personalmente alla procedura di gara ovvero di mettere a disposizione tali risorse in favore di altri concorrenti.

Ne discende che l'impresa ausiliaria potrebbe legittimamente agire per ottenere il diritto al risarcimento del danno, per il mancato guadagno, oltre che un rimborso delle spese sostenute; salvo diversamente pattuito nel contratto di avvalimento.

Una considerazione differente, invece, parrebbe potersi condurre se l'ausiliato acquisisse in sede di gara i requisiti oggetto di avvalimento (magari miglio-

47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l'esclusione automatica del suddetto operatore», in *giustizia-amministrativa. it.*

[58] Da tale considerazione, si potrebbe affermare che l'avvalimento rappresenta solo un *quid pluris* rispetto alle capacità possedute dall'avvalente. TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 novembre 2016, n. 1592, in *Foro amm.* - T.a.r., 2016, 11, 2739.

ri di quelli di cui dispone l'avvalso), con conseguente mutamento della domanda originariamente presentata.

In tale ipotesi, assistendosi alla creazione di una nuova compagine connotata da un'offerta dell'avvalente, probabilmente migliore rispetto a quella originaria, il contratto di avvalimento resta rilevante, a garanzia del principio del *favor partecipationis* e della tutela della concorrenza.

Per converso, si considera la circostanza in cui l'impresa ausiliata, *ex post* alla stipulazione del contratto di appalto, possiede i mezzi o le risorse oggetto di avvalimento (i.e. compra un macchinario analogo a quello messo a disposizione dall'ausiliaria).

In questa prospettiva ci si chiede se il soggetto predetto può recedere dal contratto di avvalimento ed eseguire la prestazione contrattuale attraverso l'utilizzo delle proprie risorse.

Indubbiamente, in virtù dell'autonomia contrattuale riconosciuta ai contraenti, le parti interessate possono appore nel contratto di avvalimento una clausola, con la quale le parti considerano inefficaci le obbligazioni assunte, se l'impresa ausiliata acquista le risorse necessarie per l'esecuzione del contratto di appalto.

Invero, non si può trascendere dalla valutazione compiuta dalla stazione appaltante in sede di scelta del contraente, per individuare l'operatore economico più idoneo a garantire meglio la corretta esecuzione del contratto di appalto, in relazione al rapporto qualità/prezzo, alle competenze tecniche possedute nonché alla solidità patrimoniale.

Nel compiere tale scelta, è tautologico che la P.a. valuti anche i mezzi e le risorse oggetto di avvalimento e che spesso, la decisione di aggiudicare l'appalto all'impresa ausiliata, sia strettamente correlata ai migliori requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria (i.e. un fatturato superiore rispetto a quello posseduto dagli altri offerenti; personale altamente qualificato).

Ciò specificato, ove fosse consentita la revoca del contratto di avvalimento per la ragione suesposta, la conseguente esecuzione dell'intera prestazione attraverso i mezzi posseduti personalmente dall'ausiliata potrebbe compromettere il corretto soddisfacimento dell'interesse pubblico. Difatti, l'opera oggetto di appalto potrebbe essere realizzata dall'aggiudicataria che dispone di requisiti diversi da quelli messi a disposizione dell'ausiliaria, in quanto non connotati dal medesimo grado di effettività e di serietà di quelli dell'avvalso.

In conclusione, quindi, dovrebbe escludersi la possibile revoca del contratto di avvalimento e di riflesso l'intera esecuzione dell'oggetto dell'appalto ad opera dell'impresa ausiliata, che ha acquisito, *ex post* alla stipulazione del contratto di appalto, i requisiti oggetto di avvalimento; ciò, al fine di preservare, da un canto, l'affidamento creato dall'aggiudicatario alla P.a., durante la fase decisoria, dall'altro, la compagine di domande creatasi in sede di valutazione delle offerte, a tutela del principio del *favor partecipationis*.

7. *L'apporto innovativo del principio di modificabilità dell'impresa ausiliaria, ex art. 89, co. 3, Codice dei contratti pubblici*

Un ultimo profilo innovativo in materia di avvalimento lo si rinviene nell'art. 63 della direttiva europea n. 24/2014. Volto a garantire il principio del *favor partecipationis* e la tutela della concorrenza, riconosce all'operatore economico, che si sia avvalso dei requisiti di un'impresa terza, la possibilità di sostituire l'ausiliaria se non possiede i criteri di selezione o se non sussiste una delle cause di esclusione di cui all'art. 57 della direttiva europea n. 24/2014.

L'amministrazione aggiudicatrice, inoltre, può imporre al concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria, qualora in capo alla stessa sussistano motivi di esclusione che, seppur non indicati tassativamente dalla disposizione normativa, siano espressamente considerati tali nella *lex specialis* dalla stazione appaltante.

Il legislatore europeo, discostandosi da quanto precedentemente disposto dalle direttive comunitarie nn. 17 e 18/2004 Ce e contestualmente dal d.lgs. n. 163/2006, introduce, dunque, il principio generale della sostituzione dell'impresa ausiliaria, priva dei requisiti di selezione o nei cui confronti si configura una clausola di esclusione.

Nel sistema previgente, infatti, in presenza di cause di esclusione in capo all'impresa ausiliaria, l'impresa ausiliata di riflesso veniva esclusa dalla procedura di gara; fermo restando la possibilità di poter ricorrere a dei meccanismi derogatori del predetto principio.

Secondo il disposto normativo di cui all'art. 37, co. 18, d.lgs. n. 163 del 2006, infatti, la stazione appaltante poteva proseguire il contratto di appalto con un diverso operatore economico, solo in presenza di ipotesi tassativamente individuate (i.e. fallimento del mandatario, morte, interdizione, inabilitazione…).

In tal caso, il rapporto giuridico in esame proseguiva tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il nuovo operatore economico che, previo possesso dei requisiti richiesti per l'esecuzione dei lavori e/o dei servizi oggetto dell'appalto, rivestiva la qualifica di mandatario.

In coerenza con le direttive europee, la disciplina contenuta nell'art. 89, co. 3, Codice dei contratti pubblici, invece, statuisce: la stazione appaltante deve imporre, anche in assenza di un esplicito richiamo nel bando, al concorrente ausiliato di sostituire l'impresa ausiliaria, se questa ultima non dispone delle risorse necessarie o se in capo alla stessa si configura una delle cause di esclusione.

La *ratio* della previsione legislativa è volta a garantire all'operatore economico la possibilità di continuare a partecipare alla procedura di gara avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto, ove non sia possibile fare affidamento sulle capacità dell'impresa ausiliaria originariamente prescelta.

Giova specificare, che l'onere di sostituire l'impresa ausiliaria si configura, sia nel caso in cui in capo alla stessa viene accertata la sussistenza delle cause obbligatorie di esclusione dalla procedura di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, sia quando sussistono i motivi di esclusione non tipizzati nell'art. 80 Codice dei contratti pubblici, ma individuati nella *lex specialis* dalla P.a.

Proprio con riferimento ai motivi di esclusione obbligatori occorre precisare che, la locuzione ampia e generica "gravi illeciti professionali", art. 80, co. 5 lett. c, cit., si configura come clausola aperta, e si riserva all'ANAC, ai sensi dell'art. 80, co. 13, cit., il compito di individuare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, Linee guida che indicano «quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lett. c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c»[59].

In tal senso, l'ANAC, con le Linee guida ha ricondotto alla locuzione «significative carenze nell'esecuzione del contratto di un precedente contratto» qualsiasi condotta, significativa e grave, che sia stata compiuta dall'operatore economico in sede di esecuzione di prestazioni di rapporti contrattuali, anche se conclusi con differenti amministrazioni (a titolo esemplificativo si ricordano: «ritardi nell'adempimento, l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione, l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte […]»)[60].

Inoltre, la stessa Autorità ha precisato che nella locuzione «gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara» vi si possono far rientrare le condotte: a) che incidono negativamente sulla *par condicio* tra concorrenti; b) tese al perseguimento di interessi personali a danno dell'amministrazione aggiudicatrice; c) c.d. *bid rigging,* ossia i comportamenti tenuti dagli operatori economici al fine di falsare la concorrenza in sede di procedura ad evidenza pubblica; d) idonee a trarre in errore l'amministrazione aggiudicatrice in ordine alla valutazione di una circostanza indispensabile per la partecipazione ad una procedura di gara o per la valutazione dell'offerta[61]; ampliando così la categoria delle cause di esclusione prevista dall'art. 80 Codice dei contratti pubblici.

[59] Per ulteriori approfondimenti, si v.: C. Contessa, *Il nuovo "Codice dei contratti" e la polimorfa nozione di "gravi illeciti professionali"*, in *Urb. e app.,* 2018, 5; L. Mazzeo, L. De Pauli, *Le Linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali,* in *Urb. e app.,* 2018, 2; O. Marongiu, *Selezione delle offerte*, in Garofoli, Ferrari (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016, 503 ss.; D. Villa, *La selezione degli offerenti,* in Caringella, Mantini, Giustiniani (a cura di), I*l nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016, 273 ss.; S. Cacace, *Disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. n. 50 del 2016,: motivi di esclusione e criteri di selezione,* in *giustizia-amministrativa.it.*

[60] Linee guida dell'ANAC: «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c del Codice», in *anac.it*.

[61] Per ulteriori approfondimenti si rinvia alle Linee guida dell'ANAC: «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c del Codice», in *anac.it*

L'inclusione dell'illecito antitrust, infatti, risponde all'esigenza di ricondurre alla locuzione precitata i comportamenti compiuti dagli operatori economici in sede di scelta del contraente per i quali, stante la loro idoneità ad influenzare la valutazione della P. a. circa il migliore operatore economico, mediante «l'alterazione del meccanismo di gara posto a garanzia della concorrenza», siano stati condannati a corrispondere una sanzione ovvero un risarcimento del danno, a *fortiori* è più che legittimo annoverare in tale espressione gli illeciti antitrust caratterizzati da un maggior disvalore sociale rispetto ai primi.

L'ultima categoria di illeciti individuati dall'ANAC riguarda «Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico» (i.e. i provvedimenti definitivi emessi dall'AGCM nei confronti dell'operatore economico che ha compiuto gravi illeciti antitrust i cui effetti si sono prodotti in materia di contrattualistica pubblica; i provvedimenti dell'ANAC adottati *ex* art. 213, co. 13, d.lgs. n. 50 del 2016…)[62].

Quanto ai secondi, invece, la volontà del legislatore di rimettere alle stazioni appaltanti la facoltà di escludere dalla procedura gli offerenti per motivi diversi da quelli indicati nell'art. 80 cit. appare molto opinabile.

Anzitutto, la disposizione normativa che riconosce la predetta facoltà collide con il principio di tassatività delle cause di esclusione espressamente contemplato dall'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016.

La natura tassativa delle cause di esclusione è stata ribadita anche da una parte della giurisprudenza amministrativa, la quale specifica che l'art. 80 Codice dei contratti pubblici, nel rispetto del principio del *favor partecipationis*, non si può prestare ad una interpretazione estensiva o analogica[63]. Di conseguenza, l'elencazione dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 Codice dei contratti pubblici è da intendersi tassativa e la *lex specialis*, che individua ulteriori ipotesi di esclusione dalla gara, sarebbe illegittima, per violazione dell'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016, con conseguente condanna della P.a. al risarcimento del «danno emergente e lucro cessante (nella doppia declinazione di perdita di chance e danno curriculare)» stante la mancata aggiudicazione dell'appalto di lavori, servizi e forniture.

Al riguardo, occorre rilevare che la facoltà rimessa all'amministrazione aggiudicatrice di ampliare i motivi di esclusione, purché individuati *ex ante* nel bando di gara, contrasta con: l'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016, volto a garantire l'omogeneità delle condizioni di partecipazione alla procedura a tutti gli operatori economici (scongiurando sì la variabilità delle norme che regolano l'acces-

[62] Per ulteriori approfondimenti si rinvia alle Linee guida dell'ANAC: «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c del Codice», in *anac.it*.

[63] Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 13 aprile 2018, n. 562; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 10 aprile 2018, n. 2320; Cons. giust. amm. Regione Sicilia, 30 aprile 2018, n. 252; Cons. Stato, 2 marzo 2018, n. 1299, tutte in *giustizia-amministrativa.it.*

so alla procedura); gli artt. 3, 41 e 117, co. 2 lett. e, Cost.; il principio europeo di certezza del diritto e di trasparenza. Se la norma suddetta fosse legittima, infatti, l'operatore economico incorrerebbe nel rischio di essere escluso dalla gara di appalto per aver posto in essere una condotta individuata facoltativamente dalla stazione appaltante come causa di esclusione dalla gara e, invece, essere ammesso, seppur autore della medesima condotta, in una differente procedura di gara.

Tale orientamento non sembra essere condiviso da una parte della giurisprudenza amministrativa, la quale consente alla P.a. di escludere dalla procedura di gara gli operatori economici, per motivi differenti da quelli espressamente indicati dal legislatore, purché riconducibili alle fattispecie normative astratte previste dall'art. 80 Codice dei contratti pubblici[64].

Una completa trattazione del profilo innovativo in esame non può trascendere dalla recentissima considerazione condotta dalla Corte di giustizia europea, sez. I, 14 settembre 2017, causa C.-223/16[65].

A parere della giurisprudenza europea, la parte della disposizione legislativa che obbliga l'impresa ausiliata a sostituire l'ausiliaria, nell'ipotesi di cui all'art. 89, co. 3, cit., contrasta con il principio di *favor partecipationis* ed altera il regime concorrenziale. Ciò, poiché, in sede di sostituzione dell'ausiliaria, l'ausiliata produce alla stazione appaltante documenti nuovi che attestano l'impegno contrattuale assunto dal nuovo avvalso nei confronti dell'avvalente.

Orbene, l'utilizzo dell'aggettivo "nuovi" induce a ritenere che la documentazione prodotta dall'ausiliata, se da un lato, non ha l'effetto sanante di un eventuale errore materiale commesso in sede di presentazione dell'offerta, dall'altro, potrebbe modificare un elemento rilevante della domanda presentata, con conseguente ottimizzazione dell'offerta ed incremento della probabilità di aggiudicazione dell'appalto.

8. *Considerazioni conclusive*

L'avvalimento è indubbiamente un istituto ideato al fine di favorire la partecipazione al mercato delle commesse pubbliche alle piccole e medie imprese, prive dei requisiti richiesti dalla *lex specialis.*

Tuttavia, le molteplici fattispecie problematiche e le diverse insidie che emergono sul piano applicativo rendono difficoltoso ed arduo il ricorso al medesimo.

---

[64] T.a.r. Campania, sez. di Salerno, 2 gennaio 2017, n. 10, in *giustizia-amministrativa.it.*, ritiene che alle stazioni appaltanti devono essere riconosciuti «diaframmi di discrezionalità, segnatamente nelle ipotesi di cosiddetta esclusione discrezionale dalla gara», per verificare l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico con il quale la stazione appaltante potrebbe contrattare.

[65] Per un commento alla sentenza si v.: A. Manzi, *La regola della sostituibilità dell'impresa ausiliaria vale solo per il futuro*, in *Urb. e app.,* 2018, 2.

Il presente lavoro è stato condotto al fine di "slegare" i nodi in cui si intesse l'avvalimento nonché per analizzare gli apporti innovativi previsti dall'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016; in conclusione si possono trarre le seguenti considerazioni.

Anzitutto, in ordine all'analiticità e specificità dell'oggetto del contratto di avvalimento, il legislatore prevede espressamente che le parti devono indicare dettagliatamente le risorse ed i mezzi oggetto del contratto di avvalimento, pena la nullità, art. 89, co.1, cit.

Tale scelta legislativa, la cui *ratio* va rintracciata nell'intento di estendere la rigorosità dei vincoli contenutistici anche all'ipotesi di avvalimento di garanzia, parrebbe far ritenere che l'oggetto del contratto deve essere determinato e non anche determinabile.

Il legislatore, quindi, agisce con l'intento di tutelare l'avvalente – da eventuali asimmetrie informative che potrebbero sorgere in sede di conclusione del contratto, stante le diverse posizioni rivestite dagli operatori economici nel mercato delle commesse pubbliche – e di consentire alla stazione appaltante di valutare il grado di serietà ed effettività dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria, a garanzia di un corretto soddisfacimento degli interessi pubblici.

Il quadro normativo tratteggiato dal legislatore, dunque, fa venir meno la distinzione, coniata dalla giurisprudenza amministrativa, tra avvalimento operativo e di garanzia; ed inoltre, consente il superamento dell'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale è valido il contratto di avvalimento il cui oggetto sia determinabile, *ex* art. 1346 c.c. e non determinato.

Tuttavia, sul piano pratico si riscontra un disallineamento tra gli orientamenti giurisprudenziali consolidati ed il dato normativo.

Per un primo aspetto, la giurisprudenza amministrativa, infatti, continua ad operare la distinzione tra l'avvalimento operativo e di garanzia, soprattutto in relazione alla validità del contratto di avvalimento.

Per un secondo aspetto, la scelta giurisprudenziale di qualificare il contratto di avvalimento come contratto c.d. atipico, produce dei risvolti giuridici non compatibili con il nuovo dettato normativo.

Nello specifico, mentre la determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, espressamente prevista dal legislatore, non consente alle parti di determinare l'oggetto del contratto in esame *per relationem*.

Diversamente, l'art. 1322 c.c. riconosce ai contraenti ampia libertà nella scelta del contenuto negoziale. L'avvalso e l'avvalente, quindi, hanno la possibilità di determinare l'oggetto del negozio giuridico *per relationem,* ossia attraverso il riferimento alla promessa unilaterale resa dall'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata.

In tal senso, la promessa unilaterale, atto distinto ed autonomo dal negozio bilaterale, assumerebbe rilevanza per la stazione appaltante; tenuta ad appurare

la serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria, attraverso l'analisi del contratto di avvalimento nonché del contenuto della promessa unilaterale.

Un'ulteriore insidia la si coglie in ordine alla natura contrattuale della responsabilità contrattuale che sorge in capo all'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata.

Per le considerazioni svolte in sede di indagine, e come di recente confermato dalla giurisprudenza di legittimità, la responsabilità dell'ausiliaria parrebbe avere natura contrattuale, in virtù del collegamento negoziale che intercorre tra il contratto di avvalimento e quello di appalto nonché per il carattere accessorio dell'obbligazione dell'ausiliata. Tuttavia, tale orientamento potrebbe collidere con le peculiarità della garanzia c.d. atipica, che connotano il rapporto tra avvalso e avvalente; in virtù delle quali l'avvalso sarebbe tenuto ad indennizzare il danno patito dalla P.a., ma non anche ad adempiere la prestazione non eseguita dall'ausiliata.

Inoltre, la definizione offerta recentemente dalla giurisprudenza amministrativa – la «responsabilità solidale delle due imprese viene infatti in rilievo, […], come strumento di realizzazione della "comunione" delle risorse finanziarie di cui è in possesso l'impresa ausiliaria e della quale il requisito del fatturato è espressione» – induce a far propendere, prima di tutto, che la responsabilità solidale dell'ausiliario rappresenta un elemento costitutivo dell'avvalimento di garanzia, la cui mancanza potrebbe dar luogo alla nullità dello stesso.

Secondariamente, che la medesima assolve una funzione c.d. di garanzia, laddove l'ampliamento dello spettro di responsabilità, nel caso di avvalimento di garanzia, consente alla P.a. di poter accertare la serietà e l'effettivo impegno assunto dall'impresa ausiliaria nonché di fruire di una maggiore garanzia in ordine alla corretta esecuzione della prestazione oggetto del contratto di appalto.

Infine, la possibilità riservata all'impresa ausiliata di modificare l'impresa ausiliaria, *ex* art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016, contrasterebbe il principio del *favor partecipationis* nonché la tutela della concorrenza.

I profili insidiosi dell'avvalimento dalla natura e funzione di garanzia della responsabilità dell'ausiliaria al principio di sostituibilità dell'avvalso

All'indomani dell'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici l'avvalimento rimane uno degli istituti più problematici, sotto il profilo applicativo.
Alla luce della rivisitazione dell'istituto adoperata dal legislatore italiano con l'art. 89 d.lgs. n. 50/2016, da ultimo modificato con il d.lgs. 19 aprile del 2017, n. 56, il presente lavoro si propone di esaminare gli apporti innovativi, relativi: alla puntuale individuazione delle risorse oggetto di avvalimento, a pena di nullità; alla natura e la funzione c.d. di garanzia della responsabilità solidale che sorge in capo all'impresa ausiliaria verso la stazione appaltante; al principio di modificabilità dell'avvalso, al fine di evidenziare i profili critici tutt'ora vigenti.

The insidious profiles of availment, from the nature and function of guaranteeing the liability of the auxiliary to the principle of substitutability of the availed

In the light of the approval of Bill No. 50/2016, availment is one of the most problematic institutions in terms of application.
The aim of this work is to examine the innovative contributions, relative to the indication of resources covered by the contract of availment; the function and the nature of the supportive responsibility of the auxiliary firm with regard to the Public Administration; the principles of modifiability of the auxiliary firm, to highlight all critical profiles currently in force.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 99 (2 2019), pp. 543-589

Articoli e saggi

Il diritto all'informazione come base per una amministrazione digitale: una comparazione fra Italia ed Estonia

Stefano Rossa

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il diritto all'informazione in genere. – 3. Il diritto all'informazione nella Costituzione della Repubblica di Estonia. – 4. Il diritto all'informazione sul piano della legge formale estone: la *Legge sull'informazione pubblica.* – 5. Il diritto all'informazione dell'ordinamento italiano nelle sue tre declinazioni. – 6. Dall'accesso documentale, passando per l'accesso civico per arrivare all'accesso generalizzato: un'evoluzione concettuale. – 7. Conclusioni per un possibile raffronto.

1. *Introduzione*

Il diritto all'informazione[1], inteso come il diritto di cercare e ricevere informazioni, di informare e di essere informato[2,] può essere considerato uno stru-

[1] Per una riflessione riguardante il significato del termine *informazione*, centrale per il concetto di *diritto all'informazione*, si veda – seppur in riferimento all'esperienza statunitense – P. Coppel, *Information Rights*, IV ed., Hart Publish., 2014, il quale a pagina 355 scrive che «"information" is any matter that is capable of being recorded and of being communicated from one person to another. This definition, which is consistent with the ordinary meaning of the word, avoids the intractable difficulties which attach to any narrower definition of the word».

[2] Questa definizione appartiene a E. Villanueva, *Dececho de acceso a la información pública en Latinoamérica*: *estudio introductorio y compilación*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, che a pagina XVII evidenzia: «De la definición apuntada se desprenden los tres aspectos más importantes que comprende dicha garantía fundamental: A) El derecho a atraerse información. B) El derecho a informar, y C) El derecho a ser informado. A) El derecho a atraerse información incluye las facultades de a) acceso a los archivos, registros y documentos públicos y, b) la decisión de que medio se lee, se escucha o se contempla. B) El derecho a informar incluye las a) libertades de expresión y de imprenta y, b) el de onstitución de sociedades y empresas informativas. C) El derecho a ser informado incluye las facultades de a) recibir información objetiva y oportuna, b) la cual debe ser completa, es decir, el derecho a enterarse de todas las noticias y, c) con carácter universal, o sea, que la información es para todas las personas sin exclusión alguna». Sebbene la dottrina italiana si sia occupata del diritto dell'informazione già dagli anni Settanta, seppur considerando tale locuzione come «libertà d'informazione in senso stretto» e come principio per poter rinnovare il sistema (di allora) – cfr. A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXI, Milano, 1971, 474 e 491 ss. – più recentemente, invece, essa pare condividere la definizione cui all'inizio della presente nota. Gardini, ad esempio, facendo riferimento al *diritto all'in-*

mento giuridico fondamentale per una pubblica amministrazione *strutturalmente* digitale. Una amministrazione, vale a dire, in grado di utilizzare consapevolmente i dati detenuti e di metterli a disposizione sia dei cittadini sia delle altre pubbliche amministrazioni grazie all'impiego di tecnologie digitali.

A tal fine, considerando l'importanza della comparazione fra modelli giuridici, il presente elaborato analizzerà il diritto all'informazione previsto nell'ordinamento italiano, nelle sue tre declinazioni – e dunque inteso nella sua più ampia accezione di diritto di accesso procedimentale, civico e generalizzato – comparandolo con il diritto all'informazione dell'ordinamento giuridico del Paese europeo più all'avanguardia in tema di digitalizzazione della pubblica amministrazione, l'Estonia[3].

formazione amministrativa scrive: «[c]om'è noto la nostra Costituzione si cura esclusivamente del profilo attivo della libertà di espressione, trascurando o comunque affidando all'opera degli interpreti l'affermazione di uno speculare *diritto passivo di essere informati* (o riflessivo di informarsi). A dispetto dell'impostazione monodimensionale […] questo ulteriore profilo del diritto di informazione merita una protezione altrettanto forte di quello attivo: in proposito basti pensare che la libera formazione dell'opinione pubblica, da cui dipende direttamente il corretto funzionamento dell'intero sistema democratico, impone il riconoscimento da parte dell'ordinamento – sia sul piano concettuale sia su quello del diritto positivo – della pretesa a ricevere informazioni, a conoscere quante più idee, opinioni e informazioni sia possibile, in modo da favorire il sorgere nei cittadini di una coscienza critica e di un'opinione consapevole. […] [L]'esistenza di un diritto *all'*informazione amministrativa rappresenta un'importante garanzia per il funzionamento delle istituzioni democratiche, visto che il dovere informativo dei pubblici poteri è espressione diretta della *sovranità popolare*», G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9/2014, 875-876. Sul punto si veda ancora G. Gardini, *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, Milano, 2005, 30 ss.

[3] Come emerge dall'*Europe's Digital Progress Report 2017*, sviluppato dalla Commissione Europea nell'ambito del Mercato Unico Digitale, nel 2017 l'Estonia risulta essere il primo Paese membro per quanto concerne la digitalizzazione dei servizi pubblici secondo il DESI 2017 (cfr. https://bit.ly/2GeGVGl). DESI è l'acronimo di *Digital Economy and Society Index*, il quale, come affermato dal documento della Commissione Europea *DESI 2019 – Digital Economy and Society Index: Methodological note*, 3 (consultabile in https://bit.ly/2JIxT5d), «measures progress of EU countries towards a digital economy and society. As such, it brings together a set of relevant indicators on Europe's current digital policy mix». I DESI 2018 e DESI 2019, relativamente alla voce *Digital Public Services*, pongono invece l'Estonia al secondo posto, di pochissimo dietro alla Finlandia (2018: 78,1% l'Estonia, 78,6% la Finlandia, mentre la media europea è 57,5% e l'Italia si ferma a al 52,5%; 2019: 79,5% l'Estonia, 79,9% la Finlandia, la media europea è 62,9%, e l'Italia è alla diciottesima posizione con un punteggio di 58,7%), Finlandia la quale utilizza alcuni progetti digitali sviluppati dall'Estonia quali *Palveluväylä*, ispirato ed elaborato sulla base del progetto estone *X-Tee*, di cui si dirà più avanti nel testo. Il DESI 2018 per l'Estonia è consultabile all'indirizzo https://goo.gl/Kx4Khu, mentre quello del 2019 in https://bit.ly/30zjWgJ. Tuttavia se si analizzano il DESI 2018 e il DESI 2019 risulta che a volte le percentuali di quello del 2018 che sono richiamate in quello del 2019 non coincidono, e la ragione di ciò è spiegata dallo stesso sito della Commissione Europa relativo a questo indice «[t]he current publication of the DESI includes improvement in comparison to the version published by the European Commission in 2018. As a result, the rankings for the previous years have slightly changed» (cfr. https://ec.europa.eu/digital-single-market/desi). Sull'argomento M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione* - Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016, 11 ss. (in Astrid-online all'indirizzo https://goo.gl/vmVhJE). I link e i collegamenti alle pagine web citati in questa nota e nel resto del testo sono stati consultati, da ultimo, in data 16 luglio 2019.

2. *Il diritto all'informazione in genere*

Con la locuzione "diritto all'informazione" si intende la pretesa soggettiva tutelata giuridicamente dall'ordinamento a conoscere e ottenere i dati che la pubblica amministrazione detiene e possiede[4].

È stata la Svezia, nel 1766 con l'editto di Re Adolfo Federico[5], il primo Paese al mondo a sancire il diritto di accesso alle informazioni e ai documenti in possesso del potere pubblico, mentre la maggior parte degli ordinamenti giuridici occidentali ha fatto proprio tale diritto più recentemente. Se alcuni Stati prevedono il diritto all'informazione sul piano costituzionale, fra cui l'Estonia, ve ne sono altri che lo sanciscono soltanto su quello della legge formale, fra cui l'Italia[6].

Proprio il fatto che il diritto all'informazione non sia considerato sempre come diritto di rango costituzionale non consente di delinearne la natura in modo incontrovertibile. Se da un lato vi è parte della dottrina, soprattutto stra-

[4] In argomento si faccia riferimento a C. Tenella Sillani, *Possesso e detenzione*, in *Dig. Disc. Priv.*, *Civ.*, Torino, 1996, 8 ss.

[5] Infatti, come osserva J. Macdonald QC, C.H. Jones (a cura di), *The Law of Freedom of Information*, Oxford University Press, 2003, 849, «[t]he Kingdom of Sweden may justifiably claim to have led the world in the field of freedom of information. Swedish citizens have enjoyed access to official documents and information on administrative matters since 1766». L'editto, consultabile in lingua inglese in J. Mustonen (a cura di), *The World's First Freedom of Information Act: Andres Chydenius' Legacy Today*, Kokkola, 2006, 8 ss., ha come base filosofica il pensiero di Andres Chydeius. Come evindenziano J.M. Ackerman, I.E. Sandoval-Ballesteros, *The Global Explosion of Freedom of Information Laws*, in *Admin. Law Rev.*, 85/2006, 88, «[t]he principal sponsor of this law, clergyman and Congressman Anders Chydenius, had been inspired by Chinese practice. According to Chydenius, China was "the model country of the freedom of the press" and set the example for other nations to follow. This scholarpolitician also admired the Chinese institution of the Imperial Censorate, which was "an institution founded in humanist Confucian philosophy [whose] main roles were to scrutinize the government and its officials and to expose misgovernance, bureaucratic inefficiencies, and official corruption." He was particularly impressed by the fact that Chinese emperors were expected to "admit their own imperfection as a proof for their love of the truth and in fear of ignorance and darkness." The origins of government accountability are not in the West, but in the East at the high point of the Ch'ing Dynasty». Come sottolineato da S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. Napolitano, Milano, 2007, 161, tale legge svedese «venne sospesa nel 1772, a seguito del ritorno della monarchia assoluta, ma fu reintrodotta nel 1812 ed è ancora oggi in vigore (sia pur con integrazioni e modifiche) e, anzi, è considerata parte della carta costituzionale».

[6] «Even as the number of countries with RTI [Right to Information] laws has rapidly increased, passage of the laws has been an exercise requiring stamina in many countries. It has taken some countries extended periods between when an RTI was first recognized in a national constitution or was first discussed and actual passage of the law», V. L. Lemieux, S. E. Trapnell, *Public Access to Information for Development - A Guide to the Effective Implementation of Right to Information Laws*, World Bank Group, 2016, 13. Per una disamina, in chiave comparata, delle varie legislazioni nazionali in tema di diritto all'informazione si veda J. Macdonald, C.H. Jones (a cura di), *The Law of Freedom of Information*, cit., 781 ss.; fra la dottrina nazionale M. Savino, *The Right to Open Public Administration in Europe: Emerging Legal Standards*, OECD-Sigma, 2010 e, seppur risalente a più di un decennio fa, si veda S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, *Il procedimento*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., 158 ss. In riferimento al diritto di accesso in chiave comparata si vedano R. Tarchi, *Il diritto di accesso nella prospettiva comparata*, in C. Colapietro (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, 141 ss. e G. Sgueo, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. Natalini, G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, 163 ss.

niera, che ne sostiene il carattere di diritto umano fondamentale[7], altra parte vede in esso un diritto-corollario di altri principi fondamentali.

Secondo la prima corrente di pensiero, minoritaria, il diritto all'informazione rappresenta un diritto umano fondamentale di natura poliedrica, in quanto basato su *rationes* differenti e connesse fra loro di cui si esige la copertura costituzionale. Secondo questa teoria il diritto all'informazione rappresenta innanzitutto la precondizione per l'esercizio dei diritti politici[8], primo fra i quali il diritto di espressione[9]; e proprio in quanto precondizione per diritti fondamentali, il diritto all'informazione rappresenta esso stesso un diritto[10]. Inoltre, sotto un altro punto di vista, tale diritto può essere considerato una componente del diritto di proprietà, volendo considerare i dati in possesso delle amministrazioni statali come proprietà dei singoli cittadini (e, in forma aggregata, della cittadinanza in generale)[11] che essi stessi concedono allo Stato in quanto risorsa pubblica da

[7] La prima teoria del diritto all'informazione (inteso come diritto di accesso) come diritto umano è stata elaborata da C.G. Weeramantry, *Access to Information: A New Human Right. The Right to Know*, in *Asian Yearbook of International Law* 99/1994. Sull'argomento anche M. McDonagh, *The Right to Information in International Human Rights Law*, in *Human Rights Law Review*, 13, 1/2013, 25-55; R. Peled, Y. Rabin, *The Constitutional Right to Information*, in *Columbia Human Rights Law Review*, n. 42/2011, 357 ss.; C. A. Bishop, *Access to Information as Human Right*, LFB Scholarly Pub., 2012; C. A. Bishop, *Internationalizing the Right to Know: Conceptualizations of Access to Information in Human Rights Law*, tesi dottorale discussa alla University of North Caroline, Chapel Hill, 2009; T. Mendel, *Freedom of Information: An Internationally Protected Human Right*, in *Comparative Media Law Journal*, n. 1/2003, 39-70; S. Sedley, *Information as a Human Right*, in J. Beatson, Y. Cripps (a cura di), *Freedom of Expression and Freedom of Information*, Oxford, 2000.

[8] «This right represents, in effect, an initial condition for the public's participation in the democratic game. Indeed, access to information is central to the proper functioning of a democratic regime. […] [T]he right to information is a precondition for the exercise of procedural political rights, such as the freedom of expression», R. Peled, Y. Rabin, *The Constitutional Right to Information*, cit., 360.

[9] Come evidenziano A. Yannoukakou, I. Araka, *Access to Government Information: Right to Information and Open Government Data Synergy*, in *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, n. 147/2014, 334, «[t]he right to information springs from the right to expression under the notion that in order for an individual to be able to freely express ideas, opinions and thoughts, it should be able to freely formulate them, hence to be very well informed. Especially government information is being collected for the benefit of the public, and not for the benefit of public organisations themselves, and it constitutes the basis of a democratic regime». Sul punto anche A. Mason, *The Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Information*, in J. Beatson QC, Y. Cripps (a cura di), *Freedom of Expression and Freedom of Information*, cit., 225 ss.

[10] Come sottolinea T. Mendel, *Freedom of Information: An Internationally Protected Human Right*, cit., 41, «[t]he primary human rights or constitutional source of the right to freedom of information is the fundamental right to freedom of expression, which includes the right to seek, receive and impart information and idea, although some constitutions also provide separate, specific protection for it. In a more general sense, it can also be derived from the recognition that democracy, and indeed the whole system for protection of human rights, cannot function properly without freedom of information. In that sense, it is a foundational human right, upon which others rights depend».

[11] «The proprietary justification states that information held by public authorities is, in fact, the property of a state's citizens and residents. As such, citizens and residents are meant to enjoy free access to it. […]. The justification for imposing limitations on owners' access to some of their property – in this case, limitations on the public's access to information – should emanate only from the need to protect the interests of other owners, that is, other members of the general public», R. Peled, Y. Rabin, *The Constitutional Right to Information*, cit., 365.

condividere[12] – oltre ad avere un riflesso bidirezionale in relazione alla trasparenza amministrativa[13] e, in ultima analisi, al diritto alla verità[14].

[12] Al fine di contestualizzare il concetto di informazione come componente del diritto di proprietà del singolo individuo è necessario tentarne il collocamento all'interno delle categorie dell'ordinamento giuridico italiano. Il punto di partenza può essere rappresentato dall'aspetto relazionale dell'informazione. Come è stato infatti affermato, «l'informazione indica non soltanto un risultato ma anche una necessaria relazione tra chi informa ed il destinatario» (così P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2/1990, 352-353). Questo aspetto relazionale viene in evidenza in particolare considerando il numero degli individui che, nella loro molteplicità, rappresentano il "corpo sociale". Dal rapporto di relazione emerge la funzione sociale di tutela di interessi sopra-individuali che, pur nascendo dall'individuo, sono finalizzati alla realizzazione dell'interesse pubblico. Un esempio può essere rappresentato dal diritto di proprietà, che racchiude in sé una funzione sociale che già da tempo la dottrina aveva sottolineato. Secondo Sandulli, fatti, è da considerarsi «ormai acquisita la affermazione della funzione sociale del diritto di proprietà in generale, e in particolare del diritto di proprietà degli strumenti di produzione (art. 42 e 44 cost.)» (A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 278. Sulla funzione sociale della proprietà si vedano anche M.S. Giannini, *Le basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 487 ss.; S. Rodotà, *Il terribile diritto - Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1981; S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986). Un altro esempio è costituito proprio dall'informazione che, per parte della dottrina, riviste una funzione sociale tale da poter essere considerata un vero e proprio diritto sociale fondamentale: «[n]on pare […] azzardato ritenere che il diritto all'informazione sia configurabile come un diritto sociale fondamentale, che trae il proprio fondamento dalla Costituzione e per la cui progressiva realizzazione il legislatore deve intervenire in virtù degli artt. 21 e 3, secondo comma, Cost.» (così R. Zaccaria, A. Valastro, E. Albanesi, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, VIII ed., Padova, 2013, 27). Da questo aspetto è possibile tracciare un parallelismo fra il diritto di proprietà e il diritto all'informazione, dato che entrambi hanno rilevanza sociale. Al fine di collocare la concezione straniera di informazione come componente del diritto di proprietà nelle categorie giuridiche italiane soccorre in aiuto la concezione di "bene privato di interesse pubblico", intendendosi con questa definizione quei «beni di appartenenza privata [che] assolvano istituzionalmente […] a finalità di interesse sociale […] e, appunto, in relazione a ciò, siano assoggettati a un particolare regime, riflettente la loro disponibilità e il loro impiego […] nonché a un particolare regime di polizia, di interventi e di tutela pubblica» (A.M. Sandulli, *Spunti per lo studio dei beni privati d'interesse pubblico*, in *Dir. Ec.*, 1956, 166-167). Posto che, come noto, in questa categoria rientrano beni quali quelli culturali e forestali, è possibile ricomprendervi anche l'informazione intesa come bene? La risposta potrebbe essere affermativa, considerato che è evidente la finalità di pubblico interesse che l'informazione del singolo possiede, a maggior ragione se considerata in forma aggregata con quelle di molti altri soggetti: come si affronterà più in là nel testo, i c.d. *big data* (e soprattutto i c.d. *linked-data*) oggi rappresentano un enorme potenziale di sviluppo sociale – economico e non. Inoltre le informazioni e i dati sono sottoposti a particolari regimi giuridici che ne riflettono le caratteristiche di bene *sui generis*, sottoposto a limitazioni nella disposizione e nel godimento (ad esempio, per ottenere le informazioni è necessario interagire con la pubblica amministrazione che detiene e/o possiede i dati, con precise forme e modalità – rilascio che avviene nel rispetto di tutti quegli altri diritti che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela e dunque, in ultima analisi, che avviene nel rispetto dell'interesse pubblico, il quale rappresenta l'obiettivo cui sono preordinati i vincoli imposti al godimento e alla disposizione dei beni privati di interesse pubblico) e a particolare vigilanza (emblematica la questione della riservatezza dei dati, a *fortiori* considerando la nuova disciplina europea dettata dal Regolamento UE n. 679 del 2016).

[13] «The constitutionality of access to information in this sense does not relate to its nature as a right, but to its nature as an important component of governance in any democratic regime. As is well known, constitutions not only protect rights, but also determine the structure of government. They do so in a manner that aims to promote proper functioning of government and to limit the threats that stem from the power vested in government. Access to information is an important tool in such structures», R. Peled, Y. Rabin, *The Constitutional Right to Information*, cit., 366-367.

[14] «The right-to-truth conceptualization of access to information is based on the right to truth that is found in international human rights law. The right to truth usually is guaranteed within the context of serious human rights violations such as enforced disappearances, extrajudicial executions, and torture. The right to truth obligates governments to investigate human rights abuses; bring perpetrators to justice; and inform vic-

A fianco di questa tesi che sostiene la costituzionalizzazione del diritto all'informazione in quanto pretesa giuridica dell'individuo[15], vi è quella che vede nel diritto all'informazione non un diritto umano fondamentale bensì un corollario di altri principi costituzionali[16].

Aderendo a quella parte della dottrina di cui si condivide il pensiero, il diritto ad accedere alle informazioni detenute dalle amministrazioni ha il triplice obiettivo della tutela dei diritti della cittadinanza, dell'incentivazione alla partecipazione attiva all'amministrazione e, infine, allo stimolo di forme diffuse di controllo sulla stessa amministrazione pubblica[17]. La differenza sostanziale fra le due tesi risiede nel fatto che tale diritto, declinato come principio di trasparenza, «mantiene natura ancillare rispetto ai menzionati principi costituzionali e non assurge a riferimento costituzionale autonomo»[18].

Come noto l'Italia rientra nell'insieme di quei Paesi che non prevedono in Costituzione un diritto espresso all'informazione, sebbene in seno all'Assemblea Costituente fosse stata discussa la possibile introduzione di una norma, al comma all'art. 97 Cost., finalizzata a controllare l'operato della pubblica amministrazione, poi non approvata[19].

---

tims, next of kin, and society of the circumstances surrounding the abuses», C.A. Bishop, *Internationalizing the Right to Know: Conceptualizations of Access to Information in Human Rights Law*, cit., 218.

[15] «[T]he right to information represents an essential ingredient in the proper functioning of substantive as well as procedural democracy, and that access to information is a necessary condition for the exercise of other human and civil rights. Taken alone or together, these justifications underscore the importance of the constitutional recognition of the right to information», R. Peled, Y. Rabin, *The Constitutional Right to Information*, cit., 369-370.

[16] In tal senso la quasi totalità della dottrina italiana. Per i riferimenti dottrinali inerenti al diritto all'informazione italiana declinato nelle sue tre componenti si faccia riferimento a quanto riportato più avanti nel testo.

[17] «[L]a trasparenza, quale principio generale dell'azione amministrativa, è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche», S. Foà, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2017, 65.

[18] S. Foà, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., 66.

[19] In seno all'Assemblea costituente era stato proposto, senza poi essere approvato, l'inserimento del comma «[l]a legge determina i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni». Cfr. Segretariato Generale della Camera dei Deputati (a cura di), *La Costituzione della Repubblica Italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Vol. IV, Roma, 1970, Sess. Pom. 24 ottobre 1947, Pre. Terracini, 3563 ss. (anch'esso consultabile liberamente in formato digitalizzato sul portale DigitUniTO, Collezioni e fondi digitali dell'Università di Torino, all'indirizzo https://goo.gl/LWDLRJ). Dunque, nell'irreale ipotesi in cui tale norma fosse stata approvata, la Costituzione italiana avrebbe potuto contenere una norma di rango costituzionale comprendente il diritto all'informazione, inteso come trasparenza, ma declinato come controllo sull'operato della pubblica amministrazione e non, invece, come diritto umano fondamentale. Tale aspetto riflette una certa concezione che i costituenti avevano dell'amministrazione: come sottolineato dai commentatori «[a]nche l'Assemblea Costituente ha dedicato ben poca attenzione alla materia poi confluita negli artt. 97 e 98 Cost. del 1947. Gli è che, in origine, la P.A. non aveva una evidenziazione autonoma; essa era parte del potere esecutivo. L'attenzione dell'Assemblea si è piuttosto diffusa sul Governo. È manifestazione di una *forma mentis* che, nell'ambito di una metafora arboricola del diritto pubblico, distingue tra rami alti e rami bassi e relega il diritto amministrativo tra questi ultimi, in un certo senso non ritenendolo degno di attingere ai rami

A fronte di queste due interpretazioni dottrinali occorre soffermarsi brevemente sullo *ius* pattizio internazionale, in considerazione del fatto che è possibile delineare tale diritto in importanti accordi[20].

Innanzitutto è necessario sottolineare come il diritto all'informazione nei trattati internazionali non venga inteso come diritto *uti singulus* bensì come corollario di altri diritti. Da un lato è possibile notare che se si confrontano le norme della Dichiarazione universale dei diritti umani[21] con quelle della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[22], nonché con quelle del Patto internazionale sui diritti civili e politici[23], emerge come il diritto all'informazione venga declinato sia come diritto di espressione sia di opinione.

alti, l'empireo del diritto costituzionale», R. Caranta, *Art. 97*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1890.

[20] A riguardo si faccia riferimento a P. Malanczuk, *Information and Communication, Freedom of*, in R. Wolfrum (a cura di), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. V, Oxford, 2012, 184 ss.

[21] L'art. 19 della *Dichiarazione* recita: «[o]gni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere». Sull'argomento L. Pineschi, *La dichiarazione universale dei diritti umani*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2015, 67 ss.; W.A. Schabas (a cura di), *The Universal Declaration of Human Rights. The Travaux Préparatoires*, Cambridge, 2013.

[22] L'art. 10 co. 1 della *Cedu* afferma che «[o]gni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. […]». In proposito A. Cardone, M. Oetheimer, *Art. 10 – Libertà di espressione*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 397 ss.; M. Vaciarca, *Il diritto di accesso come presupposto essenziale delle libertà di espressione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2017, 755 ss. Fra la copiosa dottrina straniera, in riferimento alla CEDU si vedano Y. Arai, *Article 10: Freedom of Expression*, in D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, III ed., Oxford University Press, 2014, 613 ss.; A. Mowbray, *Cases, Material, and Commentary of the European Convention on Human Rights*, III ed., Oxford University Press, 2012, 627 ss.; C. Ovey, R.C.A. White, *Jacobs & White: The European Convention on Human Rights*, IV ed., Oxford, 2006, 317 ss.

[23] Il secondo comma dell'art. 19 del *Patto* dispone: «[o]gni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta». A riguardo L. Pineschi, *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, cit., 78 ss.; S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford, 2014, 590 ss.

Dall'altro lato, invece, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[24] e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea[25] – nonché la Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti ufficiali[26], seppur non ratificata dall'Italia – collegano invece il diritto all'informazione al diritto a una buona amministrazione e dunque al diritto di accesso ai dati detenuti dalle amministrazioni.

Come la dottrina ha avuto modo di porre in evidenza, da questa interpretazioni discende che «[a]nche nell'ordinamento dell'Unione Europea […] il diritto di accesso non è preordinato alla tutela di una propria posizione giuridica soggettiva […] ma risponde a un principio generale di trasparenza dell'azione dell'Unione diventando strumento di controllo sull'operato dell'amministrazione europea, volto a promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile»[27].

[24] La *Carta* contiene due norme in proposito: l'art. 41 e l'art. 42. Ai sensi dei primi due commi del primo articolo «[o]gni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: […] *b*) il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale». L'art. 42 invece dispone che «[q]ualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto». Come chiarito dall'ultima parte della disposizione, il documento viene considerato alla stregua del dato proprio in considerazione della strumentalità del loro supporto. Sulla *Carta* si vedano P. Piva, *Commento Art. 41* e S. Ninatti, *Commento Art. 42*, entrambi in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 753 ss. e 780 ss.; M.P. Chiti, *La carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2002, 1 ss.; D. Curtin, J. Mendes, *Article 42 – Right of Access to Documents*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, London, 2014, 1070 ss.

[25] L'art. 15 co. 1 e 3 TFUE stabilisce: «1. Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile. […]. 3. Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria. Ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti, in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma. La Corte di giustizia dell'Unione europea, la Banca centrale europea e la Banca europea per gli investimenti sono soggette al presente paragrafo soltanto allorché esercitano funzioni amministrative. Il Parlamento europeo e il Consiglio assicurano la pubblicità dei documenti relativi alle procedure legislative nel rispetto delle condizioni previste dai regolamenti di cui al secondo comma». A riguardo *ex multis* M. Salvadori, *Il diritto di accesso all'informazione nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Legal Framework and Regional Policies*, 2011, 1; C. Alberti, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 1/2003, 55 ss.

[26] Secondo l'art. 2 della *Convenzione* il diritto di accesso è definite come «the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities».

[27] S. Foà, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., 77. Relativamente ai diritti nell'Unione europea, *ex multis*, P. Craig, *EU Administrative Law*, VII ed., Sweet and Maxwell, 2012, 199 ss.

Ciononostante vi sono Paesi, anche europei, che intendono il diritto all'informazione come qualcosa di più di un *semplice* corollario di ulteriori principi. E fra essi, come anticipato, vi è l'Estonia.

3. *Il diritto all'informazione nella Costituzione della Repubblica di Estonia*

Come noto l'ordinamento giuridico di uno Stato rappresenta la risultante di diverse spinte divergenti fra loro: il passato storico, il contesto socio-economico-politico attuale, le tradizioni. Comparare due Paesi assai diversi fra loro, quali Italia ed Estonia, non è semplice. Tuttavia il punto di partenza per cogliere le maggiori differenze che si riflettono sull'ordinamento giuridico è sicuramente quello relativo alla storia.

Per secoli terra di conquista di Stati e potenze vicine – Svezia, Danimarca, Germania, Russia – l'Estonia, la cui capitale oggi è Tallinn[28], dichiarò la propria indipendenza dall'Impero Russo il 24 febbraio 1918 approfittando del quadro politico derivante dalla Rivoluzione d'Ottobre. Con i trattati di Brest-Litovsk del 1918 e di Tartu del 1920 terminò la c.d. Guerra d'Indipendenza Estone (in estone *Eesti Vabadussõda*) a seguito della quale venne fondata la Repubblica parlamentare Estone con l'adozione della Costituzione del 1920 – una delle più all'avanguardia per l'epoca[29] –. Il medesimo anno l'Estonia entrò a fare parte della Società delle Nazioni. Nel 1934, tuttavia, avvenne il colpo di Stato guidato da Konstantin Päts, come risposta a violenti disordini politici interni: in tal modo venne adottata una nuova Costituzione (nel 1938)[30] e i poteri presidenziali subirono un rafforzamento tale da instaurare una vera e propria dittatura.

Con lo scoppio della Seconda Guerra Mondiale l'Estonia venne occupata dall'URSS nel 1940, in base al Patto Molotov-Ribbentrop, per essere trasformata in Repubblica Socialista Sovietica Estone (*Eesti Nõukogude Sotsialistlik Vaba-*

[28] Il nome della capitale deriva «[d]'all'antico nome tedesco di Reval. Tallinn […] letteralmente significa "città dei danesi" (più esattamente, il nome deriverebbe dall'espressione *taani-inna*, it. città/castello danese), in quanto fondata su un preesistente insediamento finnico dai sudditi del Regno di Danimarca, il quale realizzò nel 1224 la propria ambizione di *dominium maris Baltici* attuando la *Drang nach Osten* ("spinta/penetrazione verso est") e occupando la parte settentrionale del territorio estone», M. Mazza, *Il diritto delle amministrazioni locali in Estonia*, Napoli, 2008, 40-41(32).

[29] «The first Estonian Constitution (ratified in June 1920) was influenced by the liberal thinking prevalent in Europe after the First World War. The 1920 Constitution emphasized the principle of a state based in the rule of law. One of its essential components was the acknowledgement of the fundamental rights of the person. As a result, it was one of the most democratic constitutions in Europe at the time», M. Kiviorg, *Religion and Law in Estonia*, II ed., Wolters Kluwer, 2016, 12.

[30] «The second Estonian constitution (1938) introduced a number of amendments in fundamental rights. It laid down new philosophy, according to which the legal rights and duties of an individual emanated from his or her status as a member of commonwealth. This reflected the more collectivist (communitarian) orientation of the era», *ibidem*.

riik). A seguito dell'occupazione dei Paesi Baltici anche il territorio estone venne invaso dalla Germania nazista[31] per poi essere riconquistato successivamente, nel 1944, dalle truppe sovietiche che ne imposero l'adesione all'URSS instaurando una altrettanto feroce dittatura. Soltanto nel 1991, con il crollo dell'Unione Sovietica, l'Estonia riuscì nuovamente a ripristinare la propria indipendenza[32].

Nel 1992 si tennero libere elezioni e, a seguito del referendum del giugno dello stesso anno, venne approvata la Costituzione Repubblicana (*Eesti Vabariigi põhiseadus*). Nel 2004 l'Estonia è entrata a fare parte dell'Unione europea e della Nato, nel 2010 nell'OECD e, nel 2011, ha adottato come valuta ufficiale l'euro.

Dalla breve sintesi storica ben si comprende allora la centralità che lo Stato di diritto ha assunto nella Costituzione estone, nel tentativo di ricollegarsi alla tradizione dello *ius* continentale al fine di evitare ulteriori autoritarismi[33]. Come sottolineato in precedenza, la Costituzione della Repubblica Estone in vigore è stata approvata nel 1992 e si compone di 168 articoli suddivisi in quindici capitoli[34].

---

[31] Durante l'occupazione nazista in Estonia vennero deportati e uccisi la quasi totalità degli ebrei, al punto che i gerarchi nazisti ritennero l'Estonia il primo paese privo di ebrei. Cfr. E. Collotti, *La soluzione finale. Lo sterminio degli ebrei*, Edizione speciale in occasione della Giornata della memoria del 27 gennaio 2002, Roma, 2002, 63-64, laddove riporta una tabella elaborata dai nazisti riguardante gli 11 milioni di ebrei europei (a riguardo scrive l'autore che «è interessante constatare come in essa fossero compresi non soltanto gli ebrei dei territorio già sotto il controllo diretto della Germania ma anche gli ebrei degli Stati nemici […] o neutrali […] o addirittura alleati […]») dalla quale emerge come l'Estonia fosse «libera da ebrei» a partire dal 1941.

[32] Come sottolineato dalla dottrina, "ripristino" in quanto «l'aggressione sovietica nel 1940 fu in contrasto con le regole del diritto internazionale, non cancellò dunque l'esistenza *de jure* dell'Estonia e consente ora di considerare l'Estonia non come un nuovo Stato ma come il "vecchio" Stato ripristinato, in accordo al principio di diritto internazionale pubblico sulla continuità degli Stati (in altri termini, dal punto di vista estone l'incorporazione dello Stato baltico nell'Urss fu invalida, e poiché *ex iniuria ius non oritur* nemmeno sono state ritenute applicabili dalle autorità estoni sia le disposizioni costituzionali sovietiche sulla successione delle Repubbliche dall'Unione che quelle internazionalpubblicistiche in tema di successione fra Stati», M. Mazza, *La Costituzione dell'Estonia (1992)*, in M. Ganino (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, Vol. III, Torino, 2013, 47-48.

[33] Così anche la dottrina estone: «[i]t is important to take into account that the Estonian legal system has belonged, and still belongs, to the legal culture of continental Europe», R. Narits, *The Republic of Estonia Constitution on the Concept and Value of Law*, Juridica International, VII/2002, 10.

[34] Il testo vigente della Costituzione estone è consultabile, in inglese e in lingua estone, sul sito della Gazzetta Ufficiale della Repubblica di Estonia (*Riigi Teataja*) all'indirizzo https://goo.gl/nrLCFf. È altresì possibile consultarla sul sito di *The Constitution Project* all'indirizzo https://goo.gl/6NzAWR. È possibile reperire la versione italiana, precedente agli emendamenti apportati nel 2015, in M. Mazza, *La Costituzione dell'Estonia (1992)*, in M. Ganino (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, cit., 47 ss. Per ragioni ovvie, nel presente scritto le disposizioni della Costituzione estone e della Legge estone sull'informazione pubblica non sono riportate in lingua estone, ma sono tradotte in italiano dall'Autore. Per quanto concerne, invece, la dottrina estone possono essere segnalati, *ex multis*, Aa.Vv., *Eesti vabariigi põhiseadus – Kommenteeritud Väljaanne* (*Costituzione della Repubblica di Estonia – Edizione commentata*), Juura, 2012, 5-1048; M. Ernits, *Põhiõigused, demokraatia,* õigusriik (*Diritti costituzionali, democrazia e stato di diritto*), Tartu University Press, 2011, IX-425; T. Annus, *Riigiõigus* (*La costituzione*), Juura, 2006, 5-480; R. Maruste, *Konstitutsionalism. Ning põhiõiguste ja – Vabaduste kaitse* (*Costituzionalismo. I diritti e le libertà fondamentali*), Juura, 2004, 3-606. Infine, per una ricostruzione storica delle costituzioni estoni nel tempo in lingua estone si può fare riferimento a E.J. Truuväli, *Põhiseaduse teel – Dokumente ja materjale kogund ja selgitanud* (*Per la Costituzione – Documenti e materiali raccolti e spiegati*), Ilo, 2008, 7-445.

Già nelle disposizioni di apertura è possibile cogliere l'importante affermazione della propria indipendenza («[l]'Estonia è una repubblica democratica indipendente e sovrana»[35]), che però si coniuga all'appartenenza alle organizzazioni sovranazionali («[i] principi generalmente riconosciuti e le norme del diritto internazionale sono parte integrante del sistema giuridico estone»[36]). Se da un lato emerge il volere di conformarsi alla tradizione costituzionale europea[37], dall'altro la Costituzione estone contiene norme non presenti in molte delle Costituzioni moderne, fra le quali il diritto all'informazione racchiuso nell'art. 44 – che sancisce il diritto costituzionale di «ottenere liberamente le informazioni rilasciate per uso pubblico»[38]. In Estonia la volontà di affermare lo stato di diritto passa anche dall'enunciazione del diritto all'informazione.

L'ordinamento giuridico estone, infatti, sancisce il diritto all'informazione *in primis* sul piano costituzionale e, *in secundis*, sul piano della legge formale.

La Costituzione estone afferma il diritto all'informazione all'art. 44, norma composta di quattro commi, declinandolo in molteplici modi. L'articolo dispone: «1. Ogni individuo ha il diritto di ottenere liberamente le informazioni rilasciate per uso pubblico. 2. Tutti gli enti statali, le amministrazioni locali e i loro funzionari hanno il dovere di fornire informazioni riguardanti le loro attività, in

[35] Art. 1 co. 1 Cost. est. prima parte.

[36] Art. art. 3 co. 1 Cost. est. seconda parte.

[37] Un esempio può essere rappresentato dal c.d. dritto alla ribellione, sancito all'art. 54 co. 2 della Costituzione estone: «[n]el caso in cui non fossero possibili altre soluzioni, ciascun cittadino estone ha il diritto di organizzare una resistenza contro violenti tentativi di rovesciamento dell'ordine costituzionale». Come noto il diritto alla resistenza, già previsto dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789* (art. 2: «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression»), è espressamente previsto anche in altre costituzioni di *civil law*, quali ad esempio quella tedesca (art. 20 co. 4: «Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist») e quella greca (art. 120 co. 4: «[i]l rispetto della Costituzione riposa sul patriottismo dei greci, i quali hanno il diritto e il dovere di resistere con ogni mezzo contro chiunque ne tenti l'abolizione con la forza» [trad. dell'Autore]). Nella Costituzione italiana invece non vi è alcun riferimento esplicito a tale diritto, sebbene durante i lavori preparatori fosse stata presentata una proposta di inserimento di una previsione di pari tenore nel capoverso dell'art. 50 Cost.: «[q]uando i poteri pubblici vìolino le libertà fondamentali ed i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino», secondo comma che era altresì stato oggetto di proposte di emendamenti sostitutivi ad opera degli On.li Caroleo («[n]on è punibile la resistenza ai poteri pubblici, nei casi di violazione delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione»), Mortati («[è] diritto e dovere dei cittadini, singoli o associati, la resistenza che si renda necessaria a reprimere la violazione dei diritti individuali e delle libertà democratiche da parte delle pubbliche autorità») e Benvenuti («[n]on è punibile la resistenza opposta dal cittadino ad atti compiuti dai pubblici poteri in forza di atti legislativi incostituzionali»). Cfr. Segretariato Generale della Camera dei Deputati (a cura di), *La Costituzione della Repubblica Italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Vol. V/2, Roma, 1970, Sess. Pom. 4 dicembre 1947, Pre. Targhetti, 4396 e 4379 ss. (consultabile liberamente in formato digitalizzato sul portale DigitUniTO all'indirizzo https://goo.gl/v4zyub). Per una ricostruzione comparata si veda a titolo esemplificativo T. Ginsburg, D. Lansberg-Rodriguez, M. Versteeg, *When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions*, in *UCLA Law Review*, Vol. 60, n. 5/2013, 1184 ss.

[38] Sul punto si tornerà più avanti nel testo.

base ai modi previsti dalla legge, a ogni cittadino estone che ne faccia richiesta, ad eccezioni delle informazioni la cui diffusione è vietata dalla legge e quelle destinate esclusivamente per uso interno all'amministrazione. 3. Ciascun cittadino estone ha il diritto di accesso alle informazioni riguardanti la propria persona che siano in possesso di enti statali e amministrazioni locali e siano collocate in archivi pubblici e locali, nei modi previsti dalla legge. Tale diritto può essere limitato, con le modalità previste dalla legge, al fine di proteggere i diritti e le libertà altrui o la riservatezza sull'origine familiare di un bambino, nonché al fine di prevenire la commissione di reati, di arrestarne l'autore o accertare la verità in un procedimento penale. 4. I cittadini stranieri e le persone apolidi che si trovino in Estonia hanno i medesimi diritti cui ai commi due e tre di tale articolo dei cittadini estoni, se non diversamente previsto dalla legge».

Tale articolo si apre con una previsione di importante carica giuridica: il primo comma afferma che ognuno, a prescindere dalla cittadinanza, ha il diritto costituzionale a «ottenere liberamente le informazioni rilasciate per uso pubblico». Il primo comma è dunque un diritto universalmente riconosciuto a ogni individuo indipendentemente dal proprio *status* personale.

L'oggetto di tale diritto, invece, è rappresentato da una specifica tipologia di informazioni già disciplinate come *open information*. Non si tratta, dunque, di qualsiasi tipo di informazioni, ma soltanto quelle che il potere costituito ha deciso, preventivamente, essere caratterizzate dall'"uso pubblico". Sebbene dall'art. 44 Cost. est. non emerge un'espressa riserva di legge riguardante l'attribuzione di informazioni ad "uso pubblico", dall'analisi della più importante legge estone sull'informazione, la *Legge sull'informazione pubblica*, deve desumersi l'esistenza di una riserva implicita di legge sul punto[39].

Il secondo comma dell'art. 44 Cost. est. afferma che le amministrazioni pubbliche e locali hanno l'obbligo giuridico di fornire unicamente ai cittadini estoni, su richiesta, le informazioni riguardanti le proprie attività, nei modi previsti dalla legge e con l'eccezione di quelle informazioni la cui diffusione è vietata dalla legge nonché quelle destinate esclusivamente ad uso interno dell'amministrazione. Diversamente al primo comma, questa disposizione non è universale ma vale solo per i cittadini escludendo così i semplici residenti e gli stranieri presenti sul suolo estone. Il capoverso dell'articolo in commento disciplina una fattispecie equiparabile al diritto di accesso a fine di controllo sull'operato della pubblica amministrazione e introduce una riserva di legge: il diritto di accesso è disciplinato da atti avente forza di legge.

L'art. 44 co. 3 Cost. est., dunque, sancisce che i cittadini estoni hanno il diritto, costituzionalmente tutelato, di accesso alle informazioni riguardanti la

[39] Cfr. art. 3 e 3[1] della legge *de qua*, analizzata nel paragrafo successivo.

propria persona che siano detenute da amministrazioni statali o locali e raccolte nei propri archivi. Tale diritto di accesso può essere esercitato soltanto nei modi e con le modalità stabilite dalla legge. Il terzo comma stabilisce, altresì, alcune importanti eccezioni a tale diritto stabilite dalla legge e finalizzate, da un lato, a tutelare i diritti e le libertà di altri soggetti[40] e, dall'altro, a «prevenire la commissione di reati, di arrestarne l'autore o accertare la verità in un procedimento penale». La formulazione di questo comma può dunque far apparire tale diritto simile al diritto di accesso generalmente riconosciuto in quasi tutti gli ordinamenti giuridici; tuttavia un dato pone in luce la diversità rispetto all'impostazione seguita dagli altri Paesi: in questo caso la *ratio* di controllo sull'operato della pubblica amministrazione si pone in secondo piano rispetto alla visione riconducibile al diritto di proprietà[41].

Il quarto comma, infine, contiene una clausola di chiusura del sistema delineato nei commi precedenti, in particolare nel capoverso e nel terzo comma – i quali, come sottolineato, si riferiscono unicamente ai cittadini della Repubblica di Estonia. Al fine di evitare di privare del diritto di accesso tutti gli altri individui, la Costituzione dello Stato baltico prevede che anche gli apolidi e gli stranieri possano godervi, salvo diversa previsione legislativa. Da questo ultimo comma si evince, in tal modo, che un diritto che per i cittadini estoni ha natura costituzionale, per tutti gli altri individui ha invece la medesima natura soltanto laddove la legge formale non disponga diversamente.

Dall'analisi della Costituzione della Repubblica di Estonia emerge la centralità che i costituenti del Paese baltico hanno voluto attribuire al diritto dell'informazione. L'art. 44 Cost. est. supera l'impostazione seguita dai trattati internazionali i quali, come visto, declinano il diritto all'informazione come sfaccettatura dei diritti di espressione e di opinione[42]. Infatti la Costituzione estone disciplina il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero e opinione e il diritto di espressione in precisi articoli e, dunque, distintamente dal diritto all'informazione[43]. Dall'analisi dell'art. 44 Cost. est. emerge invece una visione più simi-

[40] Risulta alquanto interessante la protezione *costituzionale* della riservatezza sull'origine familiare dei bambini che si ricava dall'art. 44 co. 3 Cost. est.

[41] Si veda quanto già scritto in precedenza nel testo.

[42] Cfr. Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali.

[43] Il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero e opinione è previsto dagli artt. 41 e 42. Ai sensi dell'art. 41 «1. Ogni individuo ha il diritto di rimanere fedele alle proprie opinioni e credenze. Nessuno deve essere obbligato a cambiarle. 2. Le credenze non possono rappresentare una scusante per violare la legge. 3. Nessuno può essere considerato giuridicamente responsabile in conseguenza delle proprie credenze»; mentre *ex* art. 42 «[g]li enti statali e le autorità locali, e i loro funzionari, non devono raccogliere o conservare informazioni relative a credenze di ciascun cittadino Estone contro il proprio volere». Il diritto di espressione è invece stabilito dall'art. 45: «1. Ogni individuo ha il diritto di esprimere idee, opinioni, credenze e altre informazioni tramite la parola, la stampa, immagini o altri mezzi. Tale diritto può essere limitato dalla legge al fine di garantire l'ordine pubblico, la moralità pubblica nonché i diritti di libertà, salute, onore e reputazione altrui. Tale diritto

le all'impostazione del diritto europeo[44] che collega il diritto all'informazione al diritto di accesso e, quindi, al diritto a una buona amministrazione in funzione di garanzia di altri diritti. Sennonché l'impostazione estone va oltre a quella europea allorquando accanto al "tradizionale" accesso in funzione di controllo della pa affianca un accesso collegato al diritto di proprietà[45].

Nonostante ciò risulta essere carico di significato il comma di apertura dell'art. 44 Cost. est. laddove prevede che «[o]gni individuo ha il diritto di ottenere liberamente le informazioni rilasciate per uso pubblico». Rispetto alla sua declinazione di diritto per controllare l'operato dell'amministrazione, il diritto all'informazione si pone così in primo piano proprio in funzione delle caratteristiche dell'*informazione* quale strumento, messo a disposizione dallo Stato, per dare impulso al miglioramento (economico e ma non solo) del Paese: non a caso il diritto all'informazione del primo comma è garantito a tutti, cittadini o meno.

4. *Il diritto all'informazione sul piano della legge formale estone: la Legge sull'informazione pubblica*

Il mezzo con cui l'ordinamento giuridico estone attua il diritto all'informazione sancito dalla propria costituzione è rappresentato da una legge formale, la *Legge sull'informazione pubblica* (LIP), in estone *Avaliku teabe seadus*[46].

può altresì essere limitato dalla legge nei confronti dei funzionari pubblici delle amministrazioni statali e locali per proteggere il segreto di stato, segreti commerciali o informazioni riservate che sono divenute note al dipendente pubblico in ragione del proprio ufficio, e per proteggere la vita familiare e privata altrui, nonché nell'interesse della giustizia. 2. Non è ammessa la censura [nei confronti di tale diritto]».

[44] Cfr. la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

[45] Come evidenziato da parte della dottrina (straniera), la concezione di diritto di proprietà applicata alle informazioni personali potrebbe rappresentare una importante chiave interpretativa in riferimento alle nuove problematiche che la più recente tecnologia pone. Infatti «as a result of chain informatisation, cloud computing, and the advent of ambient intelligence, the number of actors involved in processing of personal data and relationships and the connections between them have grown and will keep growing in geometrical progression. The resulting structure of the data flow is too complex for the existing data protection approach to grasp; namely, the paths taken by personal data and participation of individual actors are difficult to trace and, hence, to regulate. Property, with some limitations resolved by regulation, due to its erga omnes effect and fragmentation of property rights, has the potential to reflect and control this complexity of relationships», N. Purtova, *Property in Personal Data: Second Life of an Old Idea in the Age of Cloud Computing, Chain Informatisation, and Ambient Intelligence*, in S. Gutwirth, Y. Puollet, P. De Hert, R. Leenes (eds.), *Computers, Privacy and Data Protection: an Element of Choice*, Springer, 2011, 61.

[46] Il testo vigente della legge in esame, in inglese e in lingua estone, è consultabile sul sito della Gazzetta Ufficiale della Repubblica di Estonia (*Riigi Teataja*) all'indirizzo https://bit.ly/30xPmnN. La LIP, approvata il 15 novembre 2000 ed entrata in vigore il 1 gennaio 2001, si compone di ottantasei articoli (di cui quattro abrogati) raggruppati in nove Capitoli: Capitolo I – "Disposizioni generali", artt. 1-8; Capitolo II – "Organizzazione per l'accesso all'informazione", artt. 9-12; Capitolo III – "Assenso all'accesso alle informazioni sulla base di preventive richieste", artt. 13-27; Capitolo IV – "Rilascio dell'informazione", artt. 28-33; Capitolo V – "Informazione riservate", artt. 34-43; Capitolo V^1 – "Basi di dati", artt. 43^1-43^9; Capitolo VI – "Controlli", artt. 44-54;

Si tratta di una legge approvata dal Parlamento estone la quale rappresenta il principale atto normativo in materia di dati: un vero e proprio *framework* legislativo se si considera il fatto che è stata emendata ben trentasette volte nel giro di diciannove anni, l'ultima volta nel febbraio 2019[47].

Come stabilito all'articolo di apertura, la *ratio* della LIP consiste *in primis* nel garantire a ciascun soggetto, sia esso persona fisica o giuridica, pubblica o privata, la possibilità di accedere alle informazioni destinate ad uso pubblico; *in secundis* nel creare le condizioni per il controllo pubblico sull'esecuzione delle funzioni pubbliche. Nel fare ciò viene precisato che i suddetti scopi sono attuati nel rispetto dei principi dello stato di diritto, di democraticità e sul modello di "società aperta". Dall'art. 1 LIP emerge con forza come l'attuazione dell'accesso all'informazione avvenga, dunque, a fini di controllo dell'operato dell'amministrazione. Centrale è la nozione di "informazioni ad uso pubblico", definite come «tutte le informazioni registrate o documentate in qualsiasi modo e su qualsiasi supporto, ottenute o generate nell'esercizio di funzioni pubbliche previste dalla legge o in base a essa»[48].

Dall'art. 2 LIP emerge, però, anche un altro concetto molto importante: il "riuso dell'informazione pubblica" – posto che tale legge, *ex multis*, stabilisce «le condizioni, la procedura e i modi di accesso e di riutilizzo delle informazioni pubbliche, nonché i motivi del rifiuto di concedere l'accesso alle informazioni»[49]. Tale concetto viene definito come «l'uso di informazioni pubbliche da parte di una persona fisica o giuridica il cui uso generale non è limitato dalla legge o dalla legge ([dunque] "*open data*") per fini commerciali o non commerciali, che non corrisponde allo scopo originario per cui tali informazioni sono state ottenute o generate nell'esercizio di funzioni pubbliche»[50]. Oltre ad essere aperti, i dati pubblici oggetto di riuso devono possedere un *open format*, vale a dire un formato il

---

Capitolo VI[1] – "Responsabilità", art. 54[1]; Capitolo VII – "Disposizioni attuative", artt. 55-69. Come emergerà dall'analisi della LIP, essa è stata approvata e modificata sia sulla base della Direttiva 2016/2102/EU del 26 ottobre 2016 relativa all'accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili degli enti pubblici, sia sulla base della Direttiva 2003/98/CE del 17 novembre 2003 relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, successivamente modificata dalla Direttiva (UE) 2013/37 (c.d. direttiva PSI). Posto che quest'ultima direttiva PSI è stata recentissimamente modificata dalla Direttiva (UE) 2019/1024 del 20 giugno 2019, la Legge estone sull'informazione dovrà essere poi modificata sulla base dell'atto avente forza di legge che l'Estonia sarà chiamata a porre in essere per recepire nel proprio ordinamento nazionale tale disciplina.

[47] Aspetto che appare evidente anche a fronte della disorganicità, nel corso del testo, delle varie modifiche intervenute anche in conseguenza della disciplina europea. Cfr. in proposito la nota precedente.

[48] Così art. 3 co. 1 LIP. Precisa il capoverso del medesimo articolo che l'accesso alle informazioni pubbliche può essere limitato nei casi espressamente previsti dalla legge.

[49] Nel medesimo articolo viene puntualizzato come la disciplina della LIP non si applichi al segreto di Stato.

[50] Art. 3[1] LIP. Lo stesso articolo nella sua ultima parte non superfluamente sottolinea come «[l]o scambio di informazioni tra titolari di informazioni per lo svolgimento di proprie funzioni pubbliche non è il riutilizzo delle informazioni».

cui utilizzo non è sottoposto a restrizioni di proprietà intellettuale, e un *machine-readable format*, ovvero un formato di programmazione che consenta di rendere i dati processabili automaticamente e indipendentemente dal singolo software utilizzato[51]. Inoltre, il riuso di dati pubblici non deve ledere il principio di riservatezza della persona, la proprietà intellettuale, la protezione della sicurezza nazionale, la protezione di segreti commerciali e di informazioni riservate: a tal punto il titolare dell'informazione, prima di fornire le informazioni al pubblico, deve valutare la necessità di imporre restrizioni all'uso generale delle stesse[52].

Un'altra norma fondamentale è rappresentata dall'art. 4 LIP, che stabilisce i principi di accesso alle informazioni pubbliche. In aggiunta all'affermazione di (tendenziale) gratuità dell'accesso[53], la norma prevede che i titolari delle informazioni – vale a dire le amministrazioni statali e locali, le persone giuridiche in regime di diritto pubblico, nonché persone fisiche e giuridiche *iure privatorum* qualora esercitino funzioni pubbliche[54] – debbano garantire l'accesso alle informazioni in loro possesso nelle forme prescritti dalla legge, nel modo più rapido e pratico possibile a tutti e senza falsare la concorrenza, tutelando la riservatezza della persona e i diritti di proprietà intellettuale. Inoltre, ciascuno ha il diritto di contestare la restrizione all'accesso – le cui condizioni devono essere rese note dal titolare nel momento del loro rilascio – qualora essa vìoli i propri diritti e libertà[55]. Il soggetto titolare dell'informazione svolge precisi compiti[56]: innanzitutto deve garantire o respingere l'accesso ai dati e nei modi previsti dalla legge; è tenuto a documentare le richieste di accesso e i dati oggetto di accesso[57], in modo tale da

[51] Cfr. art. 3[1] co. 4 LIP.

[52] Cfr. art. 3[1] co. 3 LIP.

[53] Ai sensi degli artt. 25 e 26 LIP i titolari delle informazioni coprono le spese relative alla richiesta, salvo diversa prescrizione per legge. Per la stampa di copie cartacee e di stampe il richiedente deve pagare fino a 0,19 euro per pagina, e può risultare esente dal pagamento qualora il recupero dei costi non sia economicamente sostenibile, se il richiedente ha effettuato la richiesta di informazioni per scopi scientifici o di ricerca, oppure se questi abbia effettuato la richiesta per tutelare i propri diritti e libertà e non abbia la possibilità economica per sostenerne i costi.

[54] Cfr. art. 5 LIP. Tale articolo sottolinea al secondo capoverso che «sono da considerare al pari del titolare dell'informazione altresì: 1) le imprese che abbiano una posizione dominante nel mercato, o diritti speciali o esclusivi o un monopolio naturale, relativamente alle informazioni concernenti le condizioni e i prezzi di forniture di beni e servizi; 2) le imprese individuali, le associazioni senza scopo di lucro, le fondazioni o le società, relativamente alle informazioni concernenti l'utilizzo di fondi stanziati dal un bilancio statale o locale per l'esercizio delle funzioni pubbliche o come supporto alle stesse».

[55] Cfr. art. 4 LIP.

[56] Cfr. art. 9 LIP.

[57] Gli artt. 13 e 14 LIP disciplinano le caratteristiche delle richieste di informazioni: esse, che devono essere rivolte al titolare delle informazioni oralmente (di persona o per telefono) oppure in forma scritta (tramite posta, fax o posta elettronica), devono contenere le generalità del richiedente o del soggetto per conto del quale questi agisce, le indicazioni del mezzo con cui ricevere le informazioni (indirizzo postale o di posta elettronica o numero di fax o telefonata)nonché i dettagli delle informazioni richieste.

rendere trasparente e tracciabile ogni operazione[58]; deve assistere tecnicamente il richiedente qualora questi avesse bisogno di aiuto nell'effettuare la richiesta di accesso[59]; deve fornire informazioni riguardanti le funzioni esercitate dall'amministrazione per il raggiungimento di fini pubblici. La LIP pone l'accento, inoltre, sulla qualità dei dati in considerazione del fatto che consentire l'accesso a dati inattendibili – che, come analizzato, una volta oggetto di accesso diventano altresì oggetto di riuso – comporterebbe debolezze strutturali a tutto il sistema informativo: per tale ragione viene stabilito che il titolare delle informazioni non deve fornire informazioni fuorvianti o inesatte e, in caso di dubbio, è tenuto a verificare la correttezza e la coerenza delle stesse[60].

Nel caso di adempimento alla richiesta[61] il titolare delle informazioni deve fornire al richiedente i dati secondo le modalità indicate da questi – ove possibile – e, dunque, digitalmente (via posta elettronica o altro supporto), cartaceamente (consegna copia del documento o via posta, fax), nonché oralmente in precise ipotesi[62].

Se da un lato la richiesta di informazioni deve essere ottemperata se essa è stata trasmessa al titolare competente nei modi e nei casi previsti dalla legge in riferimento a dati che possono essere oggetto di richieste[63], dall'altro vengono anche disciplinate le circostanze di rifiuto a ottemperare tale richiesta[64]: la *Legge*, infatti,

[58] Ai sensi dell'art. 12 LIP è previsto un apposito registro nel quale devono essere annotata la documentazione ricevuta ed emessa dall'amministrazione, la disciplina normativa di riferimento, i contratti da essa stipulati (ma non i documenti contabili né i documenti relativi ad una persona già iscritta in un'altra banca dati, al fine di non avere dati ridondanti). Relativamente alla documentazione ricevuta o emessa devono essere registrate il nominativo della persona e del funzionario che hanno ricevuto o rilasciato le info, la data, il mezzo di trasmissione (posta elettronica, posta tradizionale, fax o altro), la tipologia di documentazione rilasciata con l'indicazione di eventuali restrizioni all'accesso. Inoltre, ai sensi dell'art. 16 tutte le richieste di informazioni effettuate devono essere registrate ad eccezione di quelle che sono state immediatamente respinte.

[59] Cfr. art. 15 LIP. In tal modo la LIP pone in capo al titolare delle informazioni un vero e proprio obbligo di assistenza, soprattutto tecnica, nei confronti del soggetto richiedente. È previsto, ad esempio, che il titolare, attraverso i propri dipendenti, debba spiegare in quale modo e a quali condizioni il richiedente può effettuare la richiesta, assistendolo durante tutto il periodo in cui la richiesta viene effettuata, indicando quali sono i dati necessari e dove è possibile reperirli nel modo più semplice.

[60] Cfr. art. 9 LIP.

[61] La *Legge* stabilisce inoltre che le richieste di informazioni devono essere adempiute entro cinque giorni lavorativi, decorrenti dal giorno lavorativo successivo alla richiesta, prorogabili al massimo fino a 15 giorni lavorativi. Qualora non fosse possibile rispettare tale scadenza in conseguenza della carenza dei dati trasmessi dal richiedente, il titolare delle informazioni deve informare lo stesso richiedente entro cinque giorni lavorativi al fine di precisare la richiesta (così artt. 18 e 19 LIP). Nell'ipotesi in cui il titolare non sia in possesso delle informazioni richieste questi deve, sempre nel termine di cinque giorni lavorativi, accertare il vero titolare delle informazioni avvisando di ciò il titolare (art. 21 co. 1 LIP). L'art. 22, invece, sottolinea che se le informazioni richieste sono già contenute in un atto o in un documento già pubblicato, allora entro cinque giorni lavorativi dalla richiesta il titolare delle informazioni deve segnalare al richiedente dove è possibile reperire tali informazioni senza rilasciarle direttamente.

[62] Cfr. art. 17 LIP.

[63] Così l'art. 20 LIP In proposito si veda anche l'art. 28 LIP citato *infra*.

[64] Cfr. artt. 20 e 23 LIP.

delinea sia ipotesi in cui il titolare deve rifiutarsi di ottemperare senza avere discrezionalità in merito[65], sia casi in cui questi può rifiutarsi avendo discrezionalità[66].

Come *supra* accennato, il titolare delle informazioni è tenuto a divulgare alcune precise informazioni previste dalla stessa LIP[67]. La legge in esame individua ben trentaquattro tipologie di informazioni[68] le quali, una volta rese accessibili, devono contenere l'indicazione precisa delle informazioni del richiedente e del rilasciante, i riferimenti temporali nonché il modo della divulgazione[69]. In riferimento a quest'ultimo, tutte le informazioni che devono essere divulgate *ex lege* sono pubblicate dai soggetti titolari di informazioni sottoposti al regime di diritto pubblico sul sito proprio web[70], in ragione del fatto che le informazioni devono essere accessibili da chiunque nel modo più rapido[71]. Proprio per tale

[65] In base all'art. 23 co. 1 LIP il titolare delle informazioni è tenuto a non ottemperare la richiesta qualora: 1) le informazioni richieste siano soggette a restrizioni di accesso e il richiedente non ha il diritto di accedere ai dati richiesti; 2) non possieda le informazioni richieste e non sappia chi ne sia in possesso; 3) non sia in grado di identificare il titolare delle informazioni richieste; 4) non sia concretamente possibile ottemperare alla stessa in quanto la richiesta di chiarimento non indica come la persona richiesta lo richiede; 5) il richiedente non abbia versato le imposte o rifuso i costi per la richiesta se previste dalla legge.

[66] Ai sensi dell'art. 23 co. 2 LIP, invece, il titolare delle informazioni può rifiutare di ottemperare alla richiesta se: 1) le informazioni richieste sono già state fornite allo stesso richiedente senza che questi giustifichi la necessità di un secondo rilascio; 2) le informazioni richieste da un richiedente, persona fisica e giuridica di diritto privato, non riguardino l'esercizio delle funzioni pubbliche; 3) l'osservanza di una richiesta di informazioni richiede, a causa dell'elevato volume di dati richiesti, i cambiamenti nell'organizzazione del titolare delle informazioni, ostacolano l'esercizio delle funzioni pubbliche o richiedono costi irragionevolmente elevati; 4) una richiesta di informazioni non può essere ottemperata con un rilascio di informazion in un'unica volta; 5) per conformarsi alla richiesta di informazioni è necessario procedere a elaborazioni ulteriori delle informazioni; 6) un giudice abbia stabilito che limitazioni alla capacità giuridica del richiedente; 7) il richiedente non può essere rintracciato o risulti anonimo.

[67] Cfr. art. 28 LIP.

[68] A titolo esemplificativo è possibile citare: le statistiche economiche delle amministrazioni statali e locali e governative locali; le statistiche legate alla criminalità e alle infrazioni; gli statuti degli enti statali e locali e le loro unità strutturali; le descrizioni del lavoro di funzionari statali e locali; l'organigramma delle amministrazioni statali e locali nonchè il nome, cognome, istruzione, aree di specializzazione, numeri di telefono e indirizzi di posta elettronica dei funzionari; i nomi e gli indirizzi di posta elettronica dei membri degli organi principali dei soggetti giuridici di diritto pubblico; le relazioni sulle attività e le dichiarazioni di entrate e di spese degli organismi di diritto pubblico; sentenze giudiziarie emesse con restrizioni derivanti dalla legge; i dati contenuti in basi di dati per le quali non sono state introdotte restrizioni di accesso; gli *open data* a fini divulgativi, le informazioni sugli *open data* e le licenze. Cfr. Art. 28 LIP.

[69] Ovviamente il rilascio consapevole di informazioni pubbliche errate e la divulgazione o il rilascio di informazioni destinate all'uso interno è punibile con una sanzione pecuniaria irrogata dall'Ispettorato per la protezione dei dati (cfr. art. 54^1 LIP).

[70] Cfr. art. 29 co. 1 LIP. Il capoverso del medesimo articolo però prevede che oltre che nell'Internet, le informazioni possono essere divulgate in trasmissioni televisive e radiofoniche o su giornali cartacei; tramite esposizione in forma documentale per l'esame generale in un ente governativo locale o in una biblioteca pubblica; in una pubblicazione ufficiale o con altri mezzi previsti dalla legge.

[71] Così gli artt. 30 e 31 LIP. Invece *ex* art. 33 LIP è possibile accedere via internet alle informazioni nelle biblioteche pubbliche nei modi stabiliti dalla legge, nonostante la popolazione estone risulti essere fra le più connesse al mondo: secondo le statistiche ufficiali della Repubblica di Estonia infatti «[a]ccording to Statistics Estonia, 88% of Estonian households had Internet connection at home in 2017. The share of households using mobile internet connection has reached 82%, increasing by four percentage points in a year. The share of house-

ragione, ovvero per consentire l'accesso ai servizi pubblici digitali, è previsto un portale informativo digitale (in estone *Eesti teabevärav*), un sito web gestito dal Ministero degli affari economici e delle comunicazioni in collaborazione con gli stessi soggetti titolari nel quale sono disponibili le informazioni attinenti alle attività e ai servizi pubblici prestati dai titolari delle informazioni[72].

Risulta piuttosto ovvia la circostanza per cui non tutte le tipologie di informazioni possono essere oggetto di divulgazione. Infatti la *Legge* prevede che i responsabili delle singole amministrazioni devono e possono imporre restrizioni all'accesso di informazioni classificate come informazioni ad uso interno nel rispetto della legge[73], vale a dire informazioni accessibili temporalmente[74] soltanto da funzionari o dipendenti al fine dello svolgimento delle proprie funzioni[75].

È previsto, infatti, che in particolari e dettagliate ipotesi – principalmente riferite alla tutela della sicurezza pubblica, della riservatezza dell'individuo[76] e della proprietà intellettuale – il titolare delle informazioni deve classificare le stesse ad uso interno[77]; dall'altro, invece, è stabilito che i responsabili di amministra-

holds with internet connection at home increased two percentage points compared to the previous year. Nearly nine out of ten households with internet connection had a fixed broadband connection (wired or wireless) and eight had mobile internet connection. The share of households with mobile internet connection increased four percentage points in a year. Slightly more than two-thirds of households without internet connection at home cited lack of need or interest as the main reason for not having the connection at home», Statistics Estonia, *More than three-quarters of households have mobile internet connection*, 19 settembre 2017, (in https://www.stat.ee/news-release-2017-100).

[72] Cfr. art. 32[1] LIP. Come sottolinea il terzo capoverso del medesimo articolo, i titolari devono garantire la qualità delle proprie informazioni al fine di evitare di rendere disponibili dati errati o fuorvianti.

[73] Cfr. art. 34 LIP.

[74] In base all'art. 40 co. 1 e 3 LIP, nei confronti di soggetti differenti da amministrazioni o loro dipendenti le informazioni ad uso interno sono limitate nell'accesso per massimo cinque anni. I responsabili delle amministrazioni possono prorogare tale termine di ulteriori cinque anni se permane il motivo della restrizione all'accesso. Invece la restrizione all'accesso a informazioni ad uso interno contenenti dati personali dura 75 anni dalla ricezione della documentazione, o 30 anni dalla morte della persona oppure, qualora non fosse possibile stabilirne la morte, 110 anni dalla nascita della persona interessata.

[75] *Ex* art. 41 co. 1 LIP il soggetto incaricato a classificare le informazioni come a uso interno è il responsabile dell'amministrazione.

[76] Come stabilito dall'art. 39 LIP, il titolare delle informazioni concede l'accesso ai dati personali in suo possesso in base alla disciplina dettata dalla Legge sulla protezione dei dati personali (in estone *Isikuandmete kaitse seadus*, consultabile in https://bit.ly/2Ya4xpC).

[77] Cfr. art. 35 co. 1 LIP. A titolo d'esempio fra esse sono ricomprese: le informazioni raccolte in procedimenti penali (con alcune eccezioni); le informazioni la cui divulgazione danneggerebbe le relazioni dello Stato con altri Paesi; le informazioni riguardanti la sicurezza interna, la difesa, i segreti di stato e delle informazioni riservate; le informazioni riguardanti gli armamenti, le attrezzature e le risorse delle forze di difesa; le informazioni la cui divulgazione metterebbe in pericolo beni del patrimonio artistico o museale; le informazioni la cui divulgazione comprometterebbe la conservazione delle aree protette o delle specie protette e del loro habitat; le informazioni contenenti dati personali sensibili; informazioni che contengono dati personali, in cui l'accesso a tali informazioni inciderebbe in modo significativo sulla riservatezza dell'interessato; informazioni contenenti dati che rivelano i dettagli della vita familiare; le informazioni sulla domanda di assistenza sociale o di servizi sociali; le informazioni riguardanti la salute mentale o fisica degli individui; le informazioni raccolte in relazione alla imposizione fiscale (con alcune eccezioni); le informazioni la cui divulgazione potrebbe influenzare negativamente i segreti industriali.

zioni statali o locali, o di una persona giuridica di diritto pubblico, hanno in altri casi la facoltà di riconoscere come all'uso interno tal altre tipologie di informazioni – attinenti prevalentemente alla funzionalità del sistema politico-amministrativo[78]. A fianco a queste ipotesi però la LIP prevede ulteriori informazioni relativamente alle quali i titolari delle informazioni, che siano amministrazioni statali o locali o soggetti di diritto pubblico, hanno il divieto di classificarle ad uso interno[79]. La restrizione all'accesso, chiaramente, deve essere revocata se viene meno la ragione della stessa[80].

La legge estine in esame disciplina altresì le basi di dati (in estone *Andmekogu*, in inglese *Database*), vale a dire insiemi strutturati di dati elaborati all'interno del sistema informativo di uno stato, di un governo locale o di un'altra persona di diritto pubblico o di una persona di diritto privato che eserciti funzioni pubbliche previste dalla legge o in base ad accordi internazionali[81]. Le basi di dati sono strumenti indispensabili per condividere efficacemente le informazioni, proprio perché la loro *ratio* è quella di raggruppare informazioni per poi consentirne il loro accesso. Come sottolinea la stessa *Legge*, i dati che sono elaborati in basi di dati sono disponibili pubblicamente[82]. La loro efficienza, tuttavia, dipende da due principali fattori: da un lato la circostanza che i dati che sono contenuti al loro interno siano qualitativamente apprezzabili[83]; dall'altro che le basi di dati siano in connessione fra loro[84]. Sul piano strettamente giuridico le basi di dati sono costituite in base alla legge[85] e sono organizzate e disciplinate secondo propri

[78] Cfr. art. 35 co. 2 LIP, fra cui le informazioni attinenti a progetti di legge prima che siano inviati per l'approvazione o presentati per l'adozione, oppure i documenti indirizzati internamente all'amministrazione e non iscritti nell'apposito registro documenti (es: pareri, avvisi, certificati, consulenze, ecc.).

[79] Cfr. art. 36 co. 1 LIP. Fra esse compaiono i risultati di sondaggi sottoposti all'opinione pubblica; le indagini statistiche aggregate; le previsioni economiche e sociali; le relazioni sullo stato dell'ambiente e delle emissioni; le informazioni che potrebbero danneggiare la reputazione di funzionari statali o locali o di una persona giuridica di diritto privato che svolga funzioni pubbliche o persone fisiche, fatta eccezione per i dati personali sensibili o i dati personali la cui divulgazione danneggerebbe la loro riservatezza; le informazioni sulla qualità dei beni e servizi derivanti dalla tutela degli interessi dei consumatori; i documenti relativi all'utilizzazione delle risorse di bilancio dello stato, delle amministrazioni locali o delle persone giuridiche di diritto pubblico.

[80] Cfr. art. 42 LIP. Oltre a tale circostanza, come ribadito dall'art. 38 co. 4 LIP, i responsabili delle amministrazioni possono decidere di concedere l'accesso alle informazioni classificate ad uso interno alle persone esterne all'amministrazione soltanto se ciò non danneggia gli interessi dell'amministrazione medesima.

[81] Cfr. art. 43^1 co. 1 LIP.

[82] Ad eccezione dei casi previsti dalla legge nei quali l'accesso sia limitato. Cfr. art. 43^8 co. 1 LIP.

[83] La LIP impone che le basi di dati debbano essere costituiti unicamente da dati univoci, seppur contenuti in altre basi di dati - cfr. art. 43^1 co. 2 LIP.

[84] Ai sensi dell'art. 43^2 LIP le basi di dati collegate fra loro per lo scambio di dati danno vita al sistema informativo statale (in estone *Riigi infosüsteem*), sul quale è stato costituito il progetto estone principe in tema di digitalizzazione delle funizoni amministrative: il progetto *X-Tee.* In proposito si veda il paragrafo conclusivo.

[85] Così l'art. 43^3 LIP. Tale norma dispone che prima di istituire una banca dati, o prima di modificare i dati contenuti nel database, o di eliminarlo, la documentazione tecnica della banca dati deve essere approvata dai competenti organismi – ad eccezione di database non appartenente al Sistema informativo statale strettamente impiegati per il funzionamento del Sistema stesso.

regolamenti[86], mentre il soggetto giuridicamente responsabile della loro gestione e funzionamento è costituito da un'amministrazione statale o locale, o un'altra persona giuridica di diritto pubblico o privato che svolga funzioni pubbliche: questi ha il compito di gestire i servizi e le informazioni[87].

La legge in esame disciplina anche il modo in cui i soggetti privati sono tutelati nel caso in cui i loro diritti venissero lesi a seguito del mancato rispetto della LIP.

Ai sensi della *Legge sull'informazione pubblica* i soggetti incaricati di vigilare sul rispetto della LIP e sulla disciplina stabilita sulla base di quest'ultima sono l'Ispettorato per la protezione dei dati (in estone *Andmekaitse Inspektsioon*) l'Autorità per il sistema informativo statale (in estone *Riigi Infosüsteemi Amet*) e l'Istituto estone di Statistiche (*Statistikaamet*), quest'ultimo incaricato del controllo sui requisiti tecnici relativi alla *data governance*[88].

L'*Autorità* è incaricata di vigilare sull'attuazione del sistema delle misure di sicurezza per i sistemi informativi e per la loro connessione ai fini dello scambio di dati[89]. In particolare, come stabilisce l'art. 53^1 co. 2 LIP, nell'esercitare i propri compiti l'*Autorità* può applicare misure speciali di vigilanza, fra cui identificare i soggetti, richiederne i documenti, interrogarli, metterli in stato di arresto, esaminarne i dispositivi mobili (es: cellulare), perquisirne le proprietà, sequestrare beni mobili[90].

L'Ispettorato per la protezione dei dati, invece, esercita funzioni di vigilanza sui titolari delle informazioni nell'adempimento delle richieste per l'ottenimento di informazioni e nella loro divulgazione, sugli standard per la manutenzione dei siti istituzionali e delle *app*, in relazione alla protezione delle informazioni destinate all'uso interno e, infine, nella creazione, gestione e dismissione delle basi di dati[91].

In talune ipotesi – quali il non aver risposto alla richiesta di informazioni entro il termine prescritto, non aver elaborato in maniera corretta la richiesta, non aver correttamente divulgato le informazioni da divulgare, l'aver illegittimamente imposto restrizioni di accesso alle informazioni o non aver stabilito una restrizione di accesso prescritta dalla legge – quest'organo può obbligare il titolare delle informazioni a ripristinare la legittimità della situazione precedente nell'ipo-

[86] Cfr. art. 43^5 LIP.
[87] Cfr. art. 43^4 LIP.
[88] Cfr. art. 44 LIP. Sull'Istituto estone di Statistica si vedano gli artt. 53^2 LIP e 43^4 co. 1^1 LIP.
[89] Cfr. art. 53^1 co. 1 LIP.
[90] Cfr. art. 53^1 co. 2 LIP.
[91] Cfr. art. 45 co. 1 LIP

tesi in cui il titolare abbia agito in maniera non conforme alla disciplina prevista, irrogando anche sanzioni pecuniarie[92].

L'Ispettorato per la protezione dei dati è tenuto, altresì, a presentare annualmente all'apposita commissione del Parlamento (*Riigikogu põhiseaduskomisjonile*) e al Cancelliere di Giustizia (Õiguskantslerile)[93] una relazione relativa all'attuazione della *Legge* in esame nell'anno precedente, pubblicata sul sito ufficiale dell'Ispettorato[94].

Data la presenza della giurisdizione amministrativa nell'ordinamento giuridico estone, se un individuo ritiene che i propri diritti siano stati violati può proporre azione giudiziale al tribunale amministrativo, oltre ad adire in via amministrativa l'Ispettorato, la cui decisione può essere impugnata in sede di giustizia amministrativa[95].

In conclusione, dall'analisi della *Legge sull'informazione pubblica* estone emergono interessanti aspetti. Innanzitutto appare che la *ratio* della LIP risulti essere indirizzata nel perseguire due obiettivi: l'*accesso* e la *condivisione* delle informazioni. L'*accesso* in relazione ai soggetti che richiedono le informazioni, i quali svolgo in tal modo anche l'importante funzione di controllo sull'operato della pubblica amministrazione. La *condivisione*, invece, in riferimento sia al rapporto fra l'amministrazione e cittadini, sia fra cittadini e cittadini nonché fra amministrazione e amministrazione. Il primo caso è evidente nell'accesso del richiedente alle informazioni in possesso o detenute dalle amministrazioni titolari. Poiché le informazioni che sono oggetto di accesso sono *di diritto* anche oggetto di riuso[96], i cittadini hanno il diritto di riusare tali informazioni anche al fine della condivisione. Il terzo caso si ha con lo scambio delle informazioni fra le diverse amministrazioni titolari per il tramite della connessione fra le varie basi di dati, innescando così ulteriormente la condivisione di dati fra tutti gli attori presenti.

Tutta la legge in esame si prefigge il raggiungimento di questi scopi, pur nel bilanciamento di altri diritti e principi (*ad exemplum*, come visto, sicurezza, riservatezza, proprietà intellettuale, ecc.), e per tale ragione pone al centro la qualità delle informazioni: esse devono essere corrette, inequivocabili, dotate di formato aperto e leggibile indipendentemente dal singolo software, e (tendenzialmente) gratuite. Ma non basta che le informazioni siano di buona qualità: esse devono anche essere accessibili nel modo più veloce e pratico. E questo si può ottenere

[92] Cfr. art. 51 LIP.

[93] In riferimento alla figura del Cancelliere di Giustizia si veda M. Mazza, *La Costituzione dell'Estonia (1992)*, in M. Ganino (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, cit., 52 ss.

[94] Cfr. art. 54 LIP.

[95] Cfr. art. 46 LIP.

[96] Infatti ai sensi dell'art. 8 co. 3 LIP «[l]'accesso agli *open data* include altresì il diritto di riutilizzare tali informazioni».

in primis tramite il digitale e le ICT, le *Information and Communication Technologies*. Infatti se da un lato le legge permette le richieste di accesso multicanale – via internet, cartaceamente e oralmente – dall'altro però impone di fatto la preferenza del digitale[97]. Ed è proprio la digitalizzazione lo strumento per consentire la "trasparenza a specchio", la trasparenza riflessa. Dato che le ICT consentono di tenere traccia di ogni operazione di accesso e di ogni aspetto delle relative informazioni, risultano essere trasparenti non soltanto le relazioni fra amministrazioni e quelle fra amministrazioni e cittadini, bensì anche quelle fra cittadini e amministrazioni. Infine, accanto all'operato dei Tribunali amministrativi la *Legge sull'informazione pubblica* pone tre attori *sui generis* quali l'Ispettorato per la protezione dei dati, l'Autorità per il sistema informativo statale e l'Istituto estone di Statistiche, i primi due dotati di poteri di vigilanza e, in parte, di sanzione.

5. *Il diritto all'informazione dell'ordinamento italiano nelle sue tre declinazioni*

La Costituzione italiana non contiene alcun espresso riferimento al diritto all'informazione, nonostante esso possa essere interpretativamente ricollegabile al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero previsto dall'art. 21 Cost.[98].

Il diritto all'informazione è invece disciplinato sul piano della legislazione ordinaria: concepito inizialmente come accesso documentale dalla Legge sul procedimento, con il tempo ad esso si sono affiancati anche l'accesso civico e l'accesso

[97] Come visto, ad esempio, la LIP impone che le informazioni che debbano essere *ex lege* accessibili liberamente, ovvero quelle attinenti alle attività e ai servizi pubblici, devono essere pubblicate dai titolari di informazioni che siano soggetti di diritto pubblico nel proprio sito web ufficiale.

[98] «La genesi dell'art. 21 della Costituzione […] esprime il tentativo operato dai costituenti di combinare insieme […] due diverse impostazioni: l'una, più tradizionale, legata a una concezione dei diritti, intesi come libertà negative; l'altra, attenta invece a coglierne anche la dimensione attiva, di strumenti di partecipazione ad una compiuta realizzazione del sistema democratico. Se nella prima impostazione è essenzialmente il rapporto tra apparato repressivo dei poteri pubblici e singolo titolare del diritto di libertà ad essere al centro dell'attenzione, nella seconda l'attenzione si sposta su un rapporto più complesso e articolato, che si arricchisce di un nuovo soggetto: il destinatario delle manifestazioni del pensiero altrui. Un rapporto, quest'ultimo, che vede assegnato allo Stato il compito di garantire le condizioni generali per la più ampia e piena realizzazione della libertà di espressione da parte dei singoli, ma anche quello di garantire a tutti i cittadini il diritto di avere un'informazione il più possibile completa ed imparziale, contribuendo così ad elevare il tasso di democraticità del sistema attraverso una partecipazione consapevole alla vita dello stesso», P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, V ed., Bologna, 2013, 18-19. Inoltre, è stato evidenziato come «[n]el nostro ordinamento, il vuoto costituzionale in tema di libertà passiva (e riflessiva) di informazione finisce per scaricare l'intera problematica sugli interpreti, alla cui opera ricostruttiva è affidata in ultima istanza la possibilità di un riconoscimento di questo diritto fondamentale. Per quanto concerne la libertà di *ricevere* informazioni da altri diffuse, l'opinione prevalente ritiene che essa goda direttamente delle garanzie di cui all'art. 21, comma 1, Cost., dal momento che, se non potesse predicarsi la libertà di ricevere, verrebbe logicamente ridotta anche la libertà di diffondere informazioni tra gli interessati», G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit., 876.

civico generalizzato. Nonostante abbiano struttura concentrica, queste tre declinazioni del diritto all'informazione perseguono obiettivi differenti e, per tale ragione, non devono essere considerate l'una l'evoluzione dell'altra bensì istituti distinti[99].

6. *Dall'accesso documentale, passando per l'accesso civico per arrivare all'accesso generalizzato: un'evoluzione concettuale*

Come noto nel giugno del 1990 venne promulgata la legge n. 142 in tema di autonomie locali[100], la quale stabiliva il diritto dei cittadini di accedere agli atti normativi di Comune e Provincia[101]. Pochi mesi dopo venne approvata la legge 7 agosto n. 241, al cui art. 22 e seguenti[102] è disciplinato il diritto di accesso docu-

[99] È stato evidenziato, infatti, che «[l]'accesso ai documenti, l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato, "pur nella comune ispirazione al principio di trasparenza", non sono sovrapponibili e si differenziano profondamente», A. Cauduro, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, n. 3/2017, 607-608. Secondo parte della dottrina il diritto di accesso generalizzato «lascia in vita le altre forme di accesso – procedimentale (1990) e civico (2013) – [ma esse sono] destinate, tuttavia, col tempo, a divenire superflue», M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2016, 594.

[100] Legge 8 giugno 1990, n. 142 (in Suppl. ord. n. 42 alla G.U. 12 giugno n. 135) - *Ordinamento delle autonomie locali* (ora abrogata).

[101] Art. 7 co. 3 e 4 l. n. 142 del 1990: «3. Tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco e del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese. 4. Il regolamento assicura ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi e disciplina il rilascio di copie di atti previo pagamento dei soli costi; individua, con norme di organizzazione degli uffici e dei servizi, i responsabili dei procedimenti; detta le norme necessarie per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che comunque li riguardino; assicura il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione». In proposito G. Calderoni, *Commento* sub *art. 7*, in L. Papiano (a cura di), *L'autonomia locale. Commentario alla Legge 8 giugno 1990 n. 142 sulle autonomie locali coordinata con la Legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo*, Bologna, 1991, 64 ss. Sul punto vedasi *ex multis* R. Leonardi, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: a proposito dei soggetti attivi per un'azione amministrativa trasparente, ma non troppo*, in *Foro amm.-TAR*, n. 6/2012, 2155 ss. Come è stato sottolineato, «[l]a possibilità di accedere agli atti degli enti locali era stata riconosciuta già dall'art. 62, comma 5, r.d. 3 marzo 1934 n. 383; successivamente, l'art. 10, l. 6 agosto 1967 n. 765, aveva reso accessibili le licenze edilizie e, infine, gli artt. 24 e 25, l. 27 dicembre 1985 n. 816, avevano introdotto, rispettivamente, l'accesso dei consiglieri ed un più generale "diritto di visione" dei cittadini su tutti i provvedimenti», V. Torano, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, n. 4/2013, 815(67).

[102] Il diritto di accesso documentale "esterno" al provvedimento *ex* art. 22 l. n. 241 del 1990 non deve essere confuso con il diritto dei partecipanti al procedimento di prendere visione degli atti del procedimento disciplinato dall'art. 10 della medesima legge e in riferimento al quale il presente elaborato non si soffermerà. In proposito però si vedano, *ex multis*, a R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, n. 2/2017, 209 ss. M.C. Romano, *Art. 10 – Diritti dei partecipanti al procedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 372 ss.; P. Chirulli, *Art. 10 – I diritti dei partecipanti al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 528 ss.

mentale[103]. Come messo in luce dalla dottrina, tale diritto, attuando il principio di trasparenza[104], ha rappresentato «una delle novità legislative più rilevanti nel panorama degli anni '80-'90»[105].

Ponendo a confronto queste due leggi risulta evidente l'allargamento di prospettiva delineato dalla l. n. 241 con l'affermazione del diritto dei soggetti interessati di accedere ai documenti amministrativi detenuti dalle pubbliche ammini-

[103] In argomento, a fronte dell'imponente produzione dottrinale, si vedano S. Mazzamuto, *Sul diritto di accesso nella l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 1992, 1571 ss.; G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1995, 1 ss.; M. C. Dignatici, *Il diritto di accesso tra realtà e finzione*, in *Dir. econ.*, 2/1995, 445 ss.; A. Romano Tassone, *A chi serve il diritto di accesso? (Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto d'accesso nella l. n. 241 del 1990)*, in *Dir. amm.*, 1995, 315 ss.; M. Clarich, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 444 ss.; L.A. Mazzarolli, *L'accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione: profili sostanziali*, Padova, 1998; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, 2000, agg., IV, 1 ss.; C.E. Gallo, S. Foà, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. IV, agg., Torino, 2000, 1 ss.; A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, ed. II, Milano, 2003, 1083 ss.; A. Sandulli, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 494 ss.; L. Lamberti, *Definizioni e principi in materia di accesso*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241 del 1990 riformata dalle leggi n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Torino, 2005, 711 ss.; M. Occhiena, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241/1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 905 ss.; F. Pubusa, *Il nuovo diritto d'accesso (prima parte)*, in *Dir. econ.*, 2/2005, 349 ss.; Id., *Il nuovo diritto d'accesso (seconda parte)*, in *Dir. econ.*, 3/2005, 565 ss.; Id., *Il nuovo diritto d'accesso (terza parte)*, in *Dir. econ.*, 4/2005, 809 ss.; G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. VI, Milano, 2006, 5953 ss.; M. Occhiena, *Accesso agli atti amministrativi*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. I, Milano, 2006, 57 ss.; M. Bombardelli, G. Arena, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 409 ss.; M. Antonioli, *Accesso ai documenti amministrativi, situazioni soggettive e azioni esperibili*, in *Dir. econ.*, 1/2007, 7 ss.; A. Sandulli, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 669 ss.; M. Occhiena, *La necessaria riforma del diritto di accesso: diffusione e accesso telematico alle informazioni amministrative*, in *Dir. econ.*, 1/2008, 177 ss.; M. Bombardelli, *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, in G. Arena, F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 385 ss.; A. Romano, *Artt. 22-25 - L'accesso ai documenti amministrativi*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 910 ss.; A. Simonati, *I principi in materia di accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1005 ss.; G. Gargano, *L'accesso ai documenti amministrativi tra evoluzione legislativa e novità nella giurisprudenza*, in *Dir. e proces. amm.*, 2017, 1287 ss. Per quanto invece attiene al procedimento in generale, non si può non rimandare a U. Forti, *"Atto" e "procedimento" amministrativo (Note critiche)*, in Aa.Vv., *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti nel XXXV anno di insegnamento*, I, Padova, 1931; a A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; e a M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in Riv. dir. proc., 1980, 252 ss.

[104] «Più che rappresentare un istituto giuridicamente preciso, [la trasparenza] riassume un modo di essere dell'amministrazione, un obiettivo od un parametro cui commisurare lo svolgimento dell'azione delle figure soggettive pubbliche», R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528.

[105] C.E. Gallo, S. Foà, *Acceso agli atti amministrativi*, cit., 1. Gli autori sottolineano altresì che «[l]'innovazione legislativa è stata introdotta dal Parlamento in modo consapevole, avendo costituito la riflessione sulla trasparenza dell'amministrazione l'elemento centrale dell'attività legislativa che si è conclusa con l'approvazione della legge 7-8-1990, n. 241: ben al di là di quanto non dica l'intitolazione della legge, che antepone alla disciplina dell'accesso agli atti le norme di principio sul procedimento amministrativo, è stata proprio l'esigenza di trasformare l'amministrazione in una casa di vetro la molla che ha condotto il legislatore ad affrontare, per la prima volta nel nostro Paese, dal punto di vista generale la disciplina dell'attività amministrativa», *ibidem*.

strazioni e non più, solamente, da Comuni e Province in quanto enti espressione spontanea di comunità locali *ex* l. n. 142[106].

La legge sul procedimento definisce il diritto di accesso come quella pretesa individuale giuridicamente tutelata dall'ordinamento costituita da due momenti: il prendere visione di documenti amministrativi e l'estrarre la relativa copia. Tale pretesa, tuttavia, non è generalizzata ma spetta unicamente ai soggetti in grado di dimostrare un interesse diretto, concreto e attuale giuridicamente tutelato[107]. Così come formulato dalla legge n. 241 del 1990, l'accesso documentale risulta essere un diritto condizionato o, meglio, limitato. Limitato in relazione al soggetto, all'oggetto e alle modalità del suo esercizio.

In primis non tutti i soggetti possono far valere il diritto all'accesso documentale essendo necessaria la dimostrazione di un interesse qualificato – «diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» – e la motivazione dell'accesso[108]. *In secundis* la legge n. 241 stabilisce che il diritto di accesso documentate (ça va sans dire) possa essere esercitato nei confronti di documenti amministrativi intesi come supporti *già esistenti*[109] e relativi ad attività di interesse pubblico.

[106] La legge n. 142 del 1990 è stata abrogata dal d.lgs. n. 267 del 2000, il c.d. TUEL. Come è stato sottolineato, «[l]e amministrazioni locali, a differenza di quelle statali, si caratterizzano tradizionalmente per un maggiore livello di trasparenza legato, fra l'altro, alle dinamiche partecipative della comunità auto-amministrata. Il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali […], e l'abrogato ordinamento delle autonomie locali […], hanno previsto due tipologie di accesso "speciali" rispetto alla l. n. 241 cit., ispirate a logiche diverse, a tratti assimilabili con quella seguita dal legislatore dell'accesso civico. Ci si riferisce, in particolare […] [al] diritto di accesso dei cittadini […] [al] diritto d'accesso dei consiglieri comunali e provinciali», V. Torano, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, cit., 815. Accanto a questi particolari tipi di accesso vi è anche il diritto di accesso all'informazione ambientale, sul quale il presente elaborato non si soffermerà. A riguardo si rimanda alla dottrina: F. Fonderico, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 1005 ss.; R. Caranta, *L'accesso alle informazioni in materia ambientale*, in *Giur. it.*, n. 1/2001, 406 ss.; R. Montanaro, *L'ambiente e i nuovi istituti della partecipazione*, in A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002, 111 ss.; B. Gagliardi, *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali e la nozione di "ambiente" ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 39 del 1997*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1033 ss.; M. Ciammola, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale: dalla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente al d.lgs. n. 195 del 2005*, in *Foro amm. CdS*, n. 2/2007, 657 ss.; G. Recchia (a cura di), *Informazione ambientale e diritto di accesso*, Padova, 2007; L. Di Giovanni, *Il diritto di accesso in materia ambientale tra normativa nazionale e sovrannazionale*, in *Dir. econ.*, 3/2015, 667 ss.

[107] Così l'art. 22 l. n. 241 del 1990 come modificato dalla legge n. 15 del 2005. La versione originale, invece, disponeva al primo comma che il diritto di accesso documentale spettasse a chi vantasse un «interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti».

[108] Cfr. artt. 22 e 25 l. n. 241 del 1990.

[109] Cfr. art. 22 co. 4 l. n. 241 del 1990 laddove prevede che «[n]on sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 19, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono». Come sottolineato dalla dottrina, la prospettiva "tradizionale" del diritto di accesso documentale si riferisce ai soli documenti e «quindi solo a "cose rappresentative di fatti", che si riferiscono ad attività già compiute da parte dell'amministrazione, e non si estende alle informazioni o dati, che riguardano anche attività per le quali l'amministrazione non ha ancora operato l'incorporazione in un docu-

Inoltre l'accesso documentale è stato introdotto nell'ordinamento innanzitutto come strumento per la tutela di interessi personali[110] – e dunque, innalzando la trasparenza e l'imparzialità a principio generale dell'attività della pa, per la partecipazione al procedimento[111]. Infine il diritto d'accesso può essere esercitato fintanto che l'amministrazione ha l'obbligo di detenere temporalmente i documenti amministrativi oggetto della richiesta e unicamente nell'ipotesi in cui tale diritto non leda altri principi e diritti costituzionalmente tutelati – relativi principalmente alla sicurezza e alla difesa dello Stato, alla riservatezza dell'individuo e alla funzionalità dell'amministrazione[112].

Se, da un lato, la legge sul procedimento ha rappresentato un vero e proprio cambio di paradigma avendo consentito all'amministrazione pubblica di ridimensionare l'ottica dell'unilateralità del proprio agire[113], dall'altro, però, la sua attuazione si rivelava assai più modesta delle enunciazioni di principio[114]. Ma non solo: in contrasto con le tendenze politico-amministrative che già a partire dall'inizio degli anni Novanta salutavano positivamente l'avvicinamento fra cittadinanza e amministrazione attraverso l'attuazione del principio di trasparenza[115],

---

mento, ancorché elettronico», F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf.*, n. 2/2015, 263.

[110] «*L'actio ad exhibendum ex* art. 22, l. n. 241 cit., infatti, è nata soltanto per garantire l'informazione a chi agisca per la tutela di interessi giuridicamente rilevanti, incrementando al contempo anche la trasparenza dell'amministrazione», V. Torano, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, cit., 810.

[111] Cfr. il combinato disposto degli art. 1 e 22 co. 2 l. n. 241 del 1990. «Nella legge n. 241 del 1990, perciò, il diritto d'accesso e la pubblicità dell'attività amministrativa sono finalizzate allo scopo di rendere l'amministrazione imparziale. L'art. 97 Costituzione, perciò, viene integralmente attuato. Non solo, ma l'attuazione delle imparzialità viene immaginata come garantita dalla partecipazione degli interessati. Infatti, la trasparenza garantisce l'imparzialità in quanto evidenzia la responsabilità della gente, e il diritto d'accesso garantisce l'imparzialità in quanto consente al destinatario non solo di acquisire notizie ma evidentemente di farne un uso finalizzato alla tutela delle sue posizioni e cioè di partecipare al procedimento amministrativo prima che la scelta finale venga compiuta», C.E. Gallo, S. Foà, *Acceso agli atti amministrativi*, cit., 4.

[112] Cfr. art. 24 l. n. 241 del 1990. Sul punto A. Romano, *Artt. 22-25 - L'accesso ai documenti amministrativi*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, *cit.*; P. Alberti, *I casi di esclusione dal diritto d'accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1095 ss.

[113] Così C.E. Gallo, S. Foà, *Acceso agli atti amministrativi*, cit., 4: «La trasparenza e il diritto di accesso, pertanto, giustificano la rivoluzione copernicana nell'attività e nell'organizzazione dell'amministrazione che la stessa legge n. 241 attua laddove prevede la partecipazione al procedimento, individua la figura del responsabile del procedimento, supera la concezione dell'amministrazione come soggetto che agisce naturalmente in modo unilaterale, immaginando la conclusione degli accordi come modalità normale di esercizio della funzione amministrativa».

[114] Così anche S. Foà, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., 75, laddove evidenzia come «[i]l diritto di accesso documentale così configurato assumeva un collegamento debole con il principio di trasparenza dell'attività amministrativa. Lo elevava a strumento di partecipazione, ma al contempo ne restringeva l'applicazione ai pochi soggetti legittimati, con esito paradossale».

[115] «Se si ripercorre a ritroso la parabola delle riforme amministrative italiane, iniziata negli anni Novanta del ventesimo secolo, con almeno un decennio di ritardo rispetto agli altri paesi europei, è agevole individuare negli *Indirizzi per la modernizzazione delle pubbliche amministrazioni* del 1993 il primo manifesto programmatico di ampio respiro. I rimedi ai mali dell'amministrazione italiana erano ivi indicati con precisione: porre "le amministrazioni al servizio dei cittadini", "separare le amministrazioni dalla politica", "trasferire le decisio-

assumeva centralità nell'impianto della legge del 1990 l'affermazione per la quale «[n]on sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni»[116]. Proprio per tali ragioni dopo più di un decennio dall'approvazione della legge sul procedimento il legislatore sentì l'esigenza di superare le previsioni relative al diritto di accesso documentale introducendo una disciplina più pervasiva a favore dei cittadini[117].

Quando ci si trova innanzi a un problema complesso di difficile risoluzione, uno strumento indispensabile può essere rappresentato dalla comparazione: capire come la medesima questione viene affrontata altrove nell'*an* e nel *quomodo*. E lo stesso fenomeno avviene anche fra ordinamenti giuridici[118]. Sebbene siano numerose le esperienze di legislazioni estere riguardanti il diritto all'informazione[119], il nostro legislatore ha preferito seguire una via *sui generis*[120] incentrata, in un primo momento, sugli obblighi di pubblicazione. Questo percorso è passato per diverse discipline normative succedutesi in pochi anni, a cominciare dal d.lgs. n. 82 del 2005, il Codice dell'amministrazione digitale (CAD)[121]. Nella sua versione originaria il CAD conteneva una norma che contemplava l'obbligo in capo alle amministrazioni di pubblicare determinati dati all'interno dei pro-

---

ni in periferia", completare il "disegno autonomistico", "semplificare l'attività di governo", "liberare le amministrazioni pubbliche dai lacci di troppe leggi", "accorciare i circuiti di decisione" con procedure più snelle, "rendere produttivo il personale pubblico", "distribuire meglio gli impiegati", "ricostruire la dirigenza pubblica", "spendere meno e spendere meglio", "rafforzare la presenza delle amministrazioni pubbliche in Europa"», M. Savino, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2015, 642-643.

[116] Cfr. Art. 24 co. 3 l. n. 241 del 1990.

[117] Come ha evidenziato E. Carloni, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, n. 4/2016, 579-580, «[l]'evoluzione degli strumenti di trasparenza nel sistema amministrativo italiano ha prodotto, nell'arco di poco più di un decennio […] un "sistema" di meccanismi di conoscibilità che porta con sé il superamento della risalente centralità dell'accesso ai documenti amministrativi».

[118] Per usare le parole di uno dei massimi esponenti europei del diritto comparato, Rodolfo Sacco, la comparazione rappresenta «uno strumento formidabile nella formazione del giurista», A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, III ed., in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2011, 3.

[119] Sul punto si veda quanto riportato alla nota 6.

[120] Così M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 594, «[u]n po' come Bertoldo, archetipo seicentesco dell'italiano che si arrangia, fiero della sua astuzia pratica e convinto che essa basti a risolvere qualsiasi problema, il nostro legislatore ha a lungo insistito nel tentare una via tutta italiana alla trasparenza amministrativa. Mentre nel resto d'Europa e nelle altre democrazie liberali si moltiplicavano le leggi modellate sull'esempio statunitense del *freedom of information act* (FOIA), in Italia si andava definendo una strategia alternativa».

[121] Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (in Suppl. ord. n. 93 alla G.U.,16 maggio, n. 112) - *Codice dell'amministrazione digitale*. In argomento si faccia riferimento a B. Carotti, *Il correttivo al codice dell'amministrazione digitale: una meta-riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2018, 131 ss.; inoltre si vedano, fra i tanti, nonostante siano precedenti all'ultima modifica del CAD del 2018, B. Carotti, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo codice*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2017, 7 ss.; F. Trojani, *Il nuovo Codice dell'amministrazione digitale dopo il d.lgs. n. 179/2016 e il Regolamento eIDAS*, Rimini, 2017; G. Cozzolino, *Codice dell'amministrazione digitale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg. *****, Torino, 2012, 150 ss.; G. Duni, *Principi fondamentali del diritto amministrativo e codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. e proces. amm.*, 2012, 393 ss.

pri siti web, dati accessibili gratuitamente e conformi a quelli contenuti nei provvedimenti amministrativi cartacei[122]. Proprio la pubblicazione all'interno dei siti internet delle PA venne elevata dal c.d. decreto Brunetta[123] a mezzo principale per attuare il principio di trasparenza inteso come «accessibilità totale» e costituente, altresì, livello essenziale delle prestazioni[124].

Già con queste discipline embrionali, la concezione di trasparenza inizia a cambiare rispetto a quanto stabilito dalla l. 241 del 1990: *in primis* muta il soggetto, poiché se nella legge sul procedimento il cittadino era l'attore attivo, ora si trova ad essere soggetto passivo rispetto all'operato dell'amministrazione; *in secundis* varia il mezzo, poiché la trasparenza non viene più esercitata tramite il diritto di accesso documentale dei cittadini ma viene perseguita tramite gli obbli-

[122] Cfr. art. 54 d.lgs. n. 82 del 2005, versione in G.U.: «1. I siti delle pubbliche amministrazioni centrali contengono necessariamente i seguenti dati pubblici: a) l'organigramma, l'articolazione degli uffici, le attribuzioni e l'organizzazione di ciascun ufficio anche di livello dirigenziale non generale, nonché il settore dell'ordinamento giuridico riferibile all'attività da essi svolta, corredati dai documenti anche normativi di riferimento; b) l'elenco delle tipologie di procedimento svolte da ciascun ufficio di livello dirigenziale non generale, il termine per la conclusione di ciascun procedimento ed ogni altro termine procedimentale, il nome del responsabile e l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale, come individuati ai sensi degli articoli 2, 4 e 5 della legge 7 agosto 1990, n. 241; c) le scadenze e le modalità di adempimento dei procedimenti individuati ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241; d) l'elenco completo delle caselle di posta elettronica istituzionali attive, specificando anche se si tratta di una casella di posta elettronica certificata di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68; e) le pubblicazioni di cui all'articolo 26 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché i messaggi di informazione e di comunicazione previsti dalla legge 7 giugno 2000, n. 150; f) l'elenco di tutti i bandi di gara e di concorso; g) l'elenco dei servizi forniti in rete già disponibili e dei servizi di futura attivazione, indicando i tempi previsti per l'attivazione medesima. 2. Le amministrazioni che già dispongono di propri siti realizzano quanto previsto dal comma 1 entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. 3. I dati pubblici contenuti nei siti delle pubbliche amministrazioni sono fruibili in rete gratuitamente e senza necessità di autenticazione informatica. 4. Le pubbliche amministrazioni garantiscono che le informazioni contenute sui siti siano conformi e corrispondenti alle informazioni contenute nei provvedimenti amministrativi originali dei quali si fornisce comunicazione tramite il sito». In realtà, «[l]'equivalenza a fini conoscitivi, tra l'accesso a un documento e la pubblicazione dello stesso era già affermata nella legge sul procedimento. La diffusione di internet ha, poi, esaltato e potenzialità della pubblicazione, consentendo l'accesso immediato (*online*) alle informazioni», M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9/2013, 797. Cfr. art. 26 l. n. 241 del 1990.

[123] Decreto Legislativo 27 ottobre 2009 n. 150 (in Suppl. ord. n. 197 alla G.U., 31 ottobre n. 254) - *Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*.

[124] L'art. 11 co. 1 d.lgs. n. 150 del 2009, ora abrogato, affermava: «[l]a trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione». Sull'argomento M.C. Cavallaro, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, n. 1/2015, 121 ss.

ghi di pubblicazione[125]; *in tertiis* cambia anche l'oggetto, dal documento amministrativo alle informazioni *lato sensu*[126].

A questa si affiancò la legge n. 190 del 2012, la c.d. legge anticorruzione[127], la quale conteneva al proprio interno la delega per il riordino complessivo della materia della trasparenza[128], attuata successivamente con l'approvazione del d.lgs. n. 33 del 2013[129]. Nonostante solo un'amministrazione su due avesse effettiva-

[125] «[A]ll'inaridirsi della via dell'accesso (e quindi di una trasparenza rimessa all'iniziativa del cittadini) si è progressivamente affermata la via della pubblicità/*open data* attraverso la pubblicazione, nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni, di una sere, cospicua, di contenuti obbligatori», E. Carloni, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, cit., 585.

[126] «[O]ggetto della trasparenza non sono più il procedimento, il provvedimento ed i documenti amministrativi, ma le "informazioni" relative all'organizzazione, alla gestione e all'utilizzo delle risorse finanziarie, strumentali ed umane», S. Foà, *La nuova trasparenza amministrativa*, cit., 75.

[127] Legge 6 novembre 2012 n. 190 (in G.U. 13 novembre 2012 n. 265) - *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*.

[128] Cfr. art. 1 co. 35 e 36 l. n. 190 del 2012: «35. Il Governo è delegato ad adottare, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, mediante la modifica o l'integrazione delle disposizioni vigenti, ovvero mediante la previsione di nuove forme di pubblicità. 36. Le disposizioni di cui al decreto legislativo adottato ai sensi del comma 35 integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione». Come sottolineato da V. Torano, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, cit., 795, «[o]ltre che sul codice penale, la l. 190 cit. è intervenuta sul versante della prevenzione amministrativa, togliendo così alla politica criminale il ruolo di arma principale con cui affrontare l'emergenza corruzione in Italia».

[129] Decreto Legislativo 14 marzo 2013 n. 33 (in G.U., 5 aprile 2013 n. 80) - *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*. Come illustrato da D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, 2 marzo 2016, 4, «nel decreto Brunetta convivono due obiettivi: la trasparenza mira, da un lato, a garantire l'efficienza della pubblica amministrazione per il tramite della trasparenza sulle performance dell'amministrazione e dei servizi pubblici; e, dall'altro, essa mira a prevenire la corruzione, attraverso la trasparenza dei procedimenti e degli assetti organizzativi. È invece dichiaratamente su questa seconda linea direttrice che si colloca il successivo Decreto Legislativo n. 33/2013 che ha come obiettivo specifico – in base alla legge delega n. 190/2012 – quello di prevenire e reprimere l'illegalità nella PA». In argomento si vedano anche A. Bonomo, *Il codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Ist. Fed.*, n. 3-4/2013, 725 ss.; B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013; M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit.; G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit.; D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2016, 1019 ss.; M. D'Arienzo, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico,* in *Dir. e proces. amm.*, 2015, 123 ss.; S. Vaccari, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza*, in *Dir. econ.*, 1/2015, 151 ss.; F. Fracchia, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 3/2015, 483 ss.; B. Ponti, *La trasparenza amministrativa come fattore abilitante della cittadinanza amministrativa*, in A. Bartolini, A. Pioggia (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, 215 ss.; G. Mattioli, *La nuova disciplina della trasparenza e le società pubbliche. Alcuni spunti di riflessione critica*, in *Dir. econ.*, 2/2017, 459 ss.

mente adempiuto agli obblighi di pubblicazione previsti[130], il c.d. decreto trasparenza proseguì nel solco tracciato. Innanzitutto in apertura viene ripresa l'enunciazione di principio già formulata dal decreto Brunetta e per la quale «[l]a trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»[131]. Nell'impianto del d.lgs. 33 l'accessibilità *totale* era attuata tramite la persistente previsione dell'obbligo di pubblicazione nell'internet delle informazioni e dei dati relativi all'attività amministrativa[132]. Correlativamente all'obbligo delle PA si ponevano due differenti diritti in capo a «chiunque»: l'uno, più intuitivo, consistente nell'«accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione»[133] avendo il «diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli»[134] nei limiti stabili dalla legge; l'altro, invece, era rappresentato dal «diritto di chiunque di richiedere i [documenti, informazioni o dati oggetto di pubblicazione obbligatoria], nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione»[135]: era nato l'accesso civico.

Notevole risulta essere la portata innovativa celata dietro il «chiunque» in grado di far valere tale diritto, in particolare se si considera che il diritto di acces-

[130] Sul punto si faccia riferimento al rapporto elaborato dal CiVIT, ora ANAC, *Rapporto sulla trasparenza negli enti pubblici nazionali* del 2012 (consultabile in https://goo.gl/gZZmhM). Il rapporto, il quale «presenta[va] lo stato dell'arte del sistema della trasparenza negli enti pubblici nazionali, di diverse categorie, tenuti all'applicazione della disciplina del decreto legislativo n. 150 del 2009 [ed] elaborato sulla base della rilevazione svolta dagli Organismi Indipendenti di Valutazione (OIV)» (4), evidenziava come «il processo di adeguamento al principio della trasparenza [fosse] iniziato […] ma [fosse] ancora necessario molto lavoro sia per assicurare il rispetto delle norme in materia di trasparenza, sia per garantire un buon livello qualitativo delle informazioni offerte al pubblico. Dal punto di vista della *compliance*, la media è poco superiore al cinquanta per cento, ma il quadro è molto differenziato, con notevoli oscillazioni e un livello di applicazione delle norme che non arriva mai oltre l'ottanta per cento» (7).

[131] Art. 1 co. 1 d.lgs. n. 33 del 2013 versione in G.U. I commi 2 e 3 invece recitavano e recitano tuttora: «2. La trasparenza, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali, concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino. 3. Le disposizioni del presente decreto, nonché' le norme di attuazione adottate ai sensi dell'articolo 48, integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione».

[132] Cfr. art. 2 co. 2 d.lgs. n. 33 del 2013 come in G.U. Come ricorda M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 595, il legislatore in tal modo «ribadiva che il mezzo prescelto per promuovere la trasparenza era la pubblicazione via internet legislativamente imposta».

[133] Sempre art. 2 co. 2 d.lgs. n. 33 del 2013.

[134] Art. 3 d.lgs. n. 33 del 2013 come in G.U.

[135] Art. 5 co. 1 d.lgs. n. 33 del 2013.

so documentale previsto dalla legge sul procedimento è azionabile soltanto dal singolo individuo portatore di un interesse qualificato. Il motivo di questo cambiamento risiede nel voler controllare diffusamente l'operato dell'amministrazione[136], dando così una più forte declinazione al principio di trasparenza[137]. In realtà tale innovazione risulta essere ridimensionata dall'impostazione procrastinatrice seguita dal legislatore del decreto trasparenza. Il d.lgs. n. 33 del 2013, infatti, stabilendo *ex lege* le uniche e tassative ipotesi nelle quali le amministrazioni sono obbligate a pubblicare le informazioni sul proprio portale, altro non fa che circoscrivere, restringendolo, l'ambito di azionabilità del diritto di accesso civico. Se, dunque, a prima vista il legislatore aveva dotato (sulla carta) ogni individuo di un forte potere di controllo sull'amministrazione in vista della prevenzione ai fenomeni corruttivi, per come è stato disciplinato l'accesso civico risulta esservi stata una inversione tra il mezzo adoperato – l'accesso civico – e il fine da raggiungere – la trasparenza[138]. Ma non solo: da questo impianto risulta essere forviante il riferimento alla «accessibilità totale», dato che l'accessibilità – e dunque l'esercizio del diritto di accesso civico – risulta essere possibile solo all'interno dei precisi confini tracciati dal legislatore con le previsioni di quali informazioni rendere obbligatoriamente pubblicabili sui siti internet delle amministrazioni e quali, invece, no.

Dunque, ciò che il d.lgs. n. 33 del 2013 ha delineato, prevedendo l'accesso civico, è la creazione di un diritto generale (in teoria) incondizionato[139], al pun-

[136] «[C]on il *nomen* di "diritto di accesso civico", è stata introdotta un'inedita azione popolare correttiva finalizzata a garantire, entro il limite degli obblighi di pubblicazione sanciti dalla legge, un controllo diffuso sull'amministrazione ed a contrastarne la relativa inerzia», V. Torano, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, cit., 797. Lo stesso autore ricorda, altresì, che «l'azione di accesso civico dà vita ad un'ipotesi, del tutto residuale e recessiva, di giurisdizione amministrativa oggettiva, perché tutela un interesse pubblico in assenza di fatti dannosi che pregiudichino la posizione del singolo», *ibidem*, 802-803.

[137] Così anche F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *federalismi.it*, n. 8/2013, 5: «tra le finalità da soddisfare attraverso il pieno dispiegarsi del principio di trasparenza viene in rilievo quella del contrasto di tipo preventivo alla corruzione e, in generale, ai fenomeni di *maladministration*. La *trasparenza*, invero, intesa quale possibilità per tutti i cittadini di avere accesso diretto all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni, costituisce un mezzo fondamentale di prevenzione della corruzione, imponendo una rendicontazione dell'azione pubblica nei confronti degli *stakeholders*, agevolando sistemi di *accountability* e limitando il rischio che si annidino situazioni di illiceità in settori delicati dell'agire amministrativo».

[138] Come sottolinea M. Savino, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, cit., 683, «[a]ltrove i *freedom of information acts* (Foia) danno a chiunque il diritto di "rovistare" nelle carte nell'amministrazione (e non solo lì dove il legislatore consente), con l'effetto, tra l'altro, di indurre le amministrazioni a pubblicare spontaneamente ciò che è oggetto di ricorrenti richieste di accesso. Qui, invece, è il legislatore che seleziona gli interessi (conoscitivi) rilevanti, li "oggettivizza" in obblighi che impone alle amministrazioni e, per rimediare al diffuso inadempimento, concede al cittadino un diritto di accesso "civico" diretto a indurre l'amministrazione ad adempiere».

[139] Così M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, op. cit., 801: «il diritto all'informazione si radica, così, direttamente in capo alla persona, a prescindere dal suo coinvolgimento nel procedimento amministrativo e delle ragioni del suo interesse conoscitivo. Nessuna restrizione soggettiva è ammessa neppure in base alla nazionalità».

to che non è neppure necessaria la motivazione del suo esercizio[140], ma fortemente condizionato sul piano concreto dall'individuazione precisa delle informazioni da pubblicare, a loro volta frutto del contemperamento dell'obbligo di pubblicazione con gli altri principi costituzionali[141]. Soltanto in tali ipotesi è possibile fare valere il diritto di accesso civico, ferma restando la discrezionalità delle pa di pubblicare ulteriori ipotesi non espressamente contemplate *ex lege*[142]. Inoltre, come è stato evidenziato dalla dottrina, in tal modo il decreto trasparenza ha invertito il rapporto fra la regola e la sua eccezione, rappresentando l'accessibilità un'ipotesi eccezionale rispetto al principio generale di riservatezza esterna ai confini degli obblighi di pubblicazione[143].

Da quanto sopra descritto risultava evidente la distanza fra l'accesso civico delineato dal d.lgs. n. 33 del 2013 e il modello di leggi sull'informazione (*Freedom of Information Act* – FOIA) generalmente in vigore in altri ordinamenti, primo fra tutti quello americano – sebbene parte della dottrina fosse conscia del fatto che i due modelli non fossero sovrapponibili[144]. E questo è quello che accadde fintanto che con il d.lgs. n. 97 del 2016[145], decreto correttivo del d.lgs. n. 33

---

[140] Cfr. art. 5 co. 2 d.lgs. n. 33 del 2013 come da G.U.: «La richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione […], che si pronuncia sulla stessa»

[141] Cfr. art. 1 co. 2 d.lgs. n. 33 del 2013 in G.U., per il quale la trasparenza viene attuata «nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali».

[142] Cfr. art. 4 co. 3 d.lgs. n. 33 del 2013 in G.U.: «[l]e pubbliche amministrazioni possono disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l'obbligo di pubblicare ai sensi del presente decreto o sulla base di specifica previsione di legge o regolamento, fermi restando i limiti e le condizioni espressamente previsti da disposizioni di legge, procedendo alla anonimizzazione dei dati personali eventualmente presenti». «Si tratta, dunque, di una mera facoltà, cui non corrisponde alcun diritto di accesso (se non di chi, in base alla legge n. 241 del 1990, possa vantare un interesse "diretto, concreto e attuale" in quanto parte di un procedimento)», M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, op. cit., 802.

[143] «[N]el testo unico, il rapporto tra regola ed eccezione è rovesciato. Nei sistemi Foia la riservatezza è una eccezione al principio generale della pubblicità e, dunque, le amministrazioni e le corti sono tenute a darne una interpretazione restrittiva: nei casi dubbi, il principio prevale. Non altrettanto accade nell'ordinamento italiano. Qui, la pubblicità, essendo effettiva (e azionabile) solo se e nei limiti in cui è imposta dalla legge, finisce per operare come una regola di stretto diritto positivo. A dispetto dell'astratto principio di accessibilità totale, la riservatezza resiste, dunque, come regola residuale, pronta a riemergere laddove non viga uno specifico obbligo di pubblicazione e un correlativo diritto di accesso. Un simile approccio è destinato ad alimentare la propensione delle amministrazioni a intendere in modo restrittivo e formalistico le disposizioni sulla trasparenza, in modo da ricavare, negli interstizi tra un obbligo di pubblicazione e l'altro, nuove "zone franche" di opacità», M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, op. cit., 802-803.

[144] Così ad esempio F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, cit., 7, il quale cita a propria volta B. Ponti, *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa* online, in www.neldiritto.it.

[145] Decreto Legislativo 25 maggio 2016 n. 97 (in G.U. 8 giugno 2016 n. 132) - *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*

del 2013 sulla spinta della più ampia riforma dell'amministrazione grazie alla c.d. legge Madia, venne introdotto il c.d. diritto di accesso civico generalizzato.

Intervenendo sull'impianto del decreto trasparenza di tre anni prima – al punto da modificarne altresì la rubrica[146] – il d.lgs. 97 del 2016 affianca una diversa concezione del diritto di accesso civico a quella di *pungolo* per il buon andamento dell'amministrazione come intesa dal d.lgs. n. 33 del 2013[147]. Nonostante l'intenzione del legislatore del 2016 di avvicinare maggiormente la disciplina italiana al modello dei *Freedom of Information Acts* in vigore in altri ordinamenti[148], e dunque di creare un istituto differente rispetto al diritto di accesso civico precedente, il decreto del 2016 non distingue questi istituti ma li disciplina sotto lo stesso ombrello concettuale e nella medesima norma[149].

La novella più recente ha profondamente modificato l'art. 5 del decreto trasparenza, introducendo al capoverso la previsione per cui «chiunque» ha il diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle amministrazioni che non sono già oggetto dell'obbligo di pubblicazione sui siti istituzionali[150], oltre al diritto

---

[146] A seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 97 del 2016, la rubrica del d.lgs. n. 33 del 2013 ora recita *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*.

[147] Così anche A. Porporato, *Il "nuovo" accesso civico introdotto dalla riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 1/2016, riprendendo M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, cit.: «[a]lla disciplina contenuta nel Codice della trasparenza vanno riconosciuti due meriti. Il primo merito è quello di aver realizzato un riordino delle disposizioni in tema di obblighi di pubblicazione (un centinaio di disposizioni disperse in oltre venti atti normativi) ed il secondo merito è quello di aver introdotto una più organica disciplina dei meccanismi di *enforcement*, in particolare attraverso la previsione del meccanismo dell'accesso civico, previsto come "pungolo" al corretto adempimento degli obblighi di pubblicazione da parte delle amministrazioni».

[148] «Fallito il tentativo di impiantare il germe della trasparenza a colpi di obblighi di pubblicazione – tentativo culminato nell'adozione del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 […] l'Italia si è allineata al c.d. modello FOIA, largamente prevalente in Europa e in altri ordinamenti liberal-democratici, oltre che nell'Unione europea e in altre organizzazioni internazionali», M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 593-594. Come sottolineato da E. Carloni, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid Rassegna*, n. 4/2016, 3, le «leggi sul "Foia" sono ormai correntemente presenti nei paesi europei, anche di recente ingresso nell'Unione: ad esempio, in Portogallo (1993), in Repubblica Ceca (1999), in Estonia (2000), in Polonia (2001), in Romania (2001), in Slovenia (2003), in Irlanda (1998), in altri ancora fino alla recente legislazione spagnola (del dicembre 2013). Una proliferazione e circolazione del modello, dunque, che si realizza soprattutto nel corso dell'ultimo ventennio, con la conseguenza che la presenza di una disciplina di *freedom of information* è oggi la norma nell›ambito dei paesi Ocse (anche in paesi tutt›altro che aperti e trasparenti, va detto anche per non sopravvalutare e sovraccaricare l›istituto)».

[149] In realtà il d.lgs. n. 97 del 2016, per quanto di specifico interesse, ha aggiunto anche gli artt. 5-*bis* e 5-*ter*. Come evidenziato, «[l]a verità è che la scelta legislativa di utilizzare il *nomen iuris* di "accesso civico" per entrambi questi istituti può generare molta confusione, e la soluzione di disciplinarli congiuntamente, all'interno del medesimo articolo di legge, rischia di creare un pasticcio nel pasticcio», G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 1/2017, 6.

[150] Cfr. art. 5 co. 2 d.lgs. n. 33 del 2013: «[a]llo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis».

già previsto di accedere a quelli che sono oggetto di pubblicazione. Con l'intervento del d.lgs. 97 l'accesso non è più confinato all'interno degli obblighi di pubblicazione ma è, appunto, generalizzato: questo aspetto ha indotto la dottrina a definirlo "accesso civico *improprio*"[151] o, meglio, seguendo le *Linee Guida ANAC*, "accesso civico *generalizzato*"[152].

Come per l'esercizio del diritto di accesso civico, la norma non impone la dimostrazione di un interesse qualificato e non è necessario motivare la richiesta dell'accesso civico generalizzato. Quest'ultimo, tuttavia, si distingue per alcuni aspetti: da un lato, mentre l'oggetto dell'accesso civico è rappresentato da «documenti, informazioni o dati»[153], l'oggetto di quello generalizzato concerne unicamente «dati e ai documenti»[154]; dall'altro, invece, variano i limiti del loro esercizio.

Come ripercorso, nell'accesso civico è il legislatore a stabilire a monte il suo ambito di applicazione con la scelta di cosa rendere obbligatoriamente pubblicabile. Essendo sottratta a questa logica, la disciplina dell'accesso civico generalizzato prevede che sia l'amministrazione investita della richiesta a dover contempe-

---

[151] Così, *ex multis*, B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, 2016.

[152] «Alla confusione legislativa si è poi aggiunta quella degli interpreti, e dal pasticcio siamo passati all'alta pasticceria. Definire accesso civico *proprio* quello introdotto originariamente dal decreto 33/13, per garantire l'esecuzione forzata degli obblighi di pubblicazione, e accesso civico *improprio* quello introdotto dal recente decreto 97/16, strumentale al diritto di essere informato del cittadino, non aggiunge molto alla comprensione di due istituti. Anzi. Senza trascurare che, a rigore, accesso civico *proprio* dovrebbe semmai essere definito quello che mira a soddisfare il diritto di ogni cittadino all'informazione (o modello F.O.I.A.), visto che il rimedio alla mancata ottemperanza degli obblighi di pubblicazione consegnato nelle mani dei cittadini dal d.lgs. 33/13, ha ben poco dell'accesso civico. Molto meglio dunque seguire le linee guida Anac, su questo punto, che propongono di denominare "accesso civico" semplice quello strumentale all'ottemperanza degli obblighi di pubblicazione, e "accesso civico generalizzato" quello volto a realizzare il diritto di essere informati dei cittadini. Ma è una soluzione di ripiego, occorreva agire a monte, non a valle del problema», G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, cit., 8. Sono proprio le Linee Guida dell'ANAC sul FOIA (Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, vale a dire le *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.lgs. 33/2013*), consultabili sul sito dell'Autorità all'indirizzo https://goo.gl/neSHWV, a delineare al punto 1 la distinzione fra accesso documentale, accesso civico e accesso generalizzato. La medesima ANAC, con la delibera successiva (n. 1310 del 2016) ha emanato invece le *Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016*, consultabili in https://goo.gl/CLvB5x. In proposito M. Giorgio, *Trasparenza e pubblicità dei dati delle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2018, 109 ss.

[153] Cfr. art. 5 co. 1 d.lgs. n. 33 del 2013.

[154] Cfr. art. 5 co. 2 d.lgs. n. 33 del 2013. Secondo A. Porporato, *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato" introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *federalismi.it*, n. 12/2017, 9 «a differenza dei documenti e dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni che, ad avviso di chi scrive, potrebbero essere immaginati come elementi statici, le informazioni possono essere assimilate ad elementi dinamici in quanto rappresentano il risultato di una necessaria attività di elaborazione di dati già in possesso della pubblica amministrazione e sono suscettibili di mutare nel loro contenuto proprio in conseguenza del mutamento dei dati o di una parte di dati». Critico, invece, G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, cit., 4: «[l]'oggetto di conoscenza cambia leggermente rispetto all'accesso civico proprio (non sono menzionate le informazioni), ma non è né grave né chiaro cosa ciò comporti, visto che non viene data alcuna definizione legislativa dei possibili oggetti dell'accesso».

rare l'accessibilità con altri interessi pubblici e privati costituzionalmente rilevanti al fine di poter escludere eccezionalmente l'accesso[155]: l'amministrazione interessata possiede così discrezionalità in proposito (potere che deve essere esercitato senza che il richiedente debba motivare la richiesta di accesso[156]), dovendo valutare se l'accesso sia in grado di arrecare, dal punto di vista concreto e probabilistico, un danno a quegli interessi che la legge ha ritenuto meritevoli di tutela[157].

[155] Cfr. art. 5-*bis* d.lgs. n. 33 del 2013. In particolare i primi tre commi stabiliscono: «1. L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive. 2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali. 3. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990». Secondo E. Carloni, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, cit., 9 e 10: «non è solo il numero e l'ampiezza delle eccezioni, ma anche la loro indeterminatezza, non esaustività, a creare un contesto nel quale il diritto a conoscere diviene ad un tempo incentro e facilmente negabile». Critico sul punto invece M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 598 (47). Posto quanto affermato da M.G. Losano, *Introduzione – Dei diritti e dei doveri: anche nella tutela della privacy*, in M. G. Losano (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari, 2001, XIII, per il quale la privacy è un «diritto non "sacro", ma contingente, legato alle esigenze sociali di certi momenti storici», per quanto concerne il rapporto fra riservatezza dei dati personali e accesso generalizzato, a maggior ragione a seguito del Regolamento Ue 2016/679 (il c.d. GDPR, *General Data Protection Regulation*), si vedano a titolo esemplificativo C. Deodato, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, in *giustizia-amministrativa.it* e D.U. Galetta, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in *federalismi.it*, n. 10/2018.

[156] Il Garante per la protezione dei dati personali ha messo in luce come «[l]'assenza di una motivazione da parte del richiedente, nel privare l'amministrazione destinataria delle istanze di ostensione dei necessari elementi di ponderazione in ordine al fine così perseguito, può determinare, alternativamente, una eccessiva rigidità interpretativa, per cui l'amministrazione medesima tenderà a rigettare le richieste depauperando di ogni utilità lo strumento dell'accesso civico, oppure, al contrario, una dilatazione ingiustificata della nozione di trasparenza, per cui verranno trasmessi al richiedente dati e documenti senza alcun ragionevole criterio selettivo», *Parere su uno schema di decreto legislativo concernente la revisione e semplificazione delle disposizioni di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza*, 3 marzo 2016, 4.1. (reperibile in https://goo.gl/FpRuoe). In tal senso anche C. Tommasi, *Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato*, in *federalismi.it*, n. 5/2018, 15: «È evidente, infatti, che per valutare il prevalente interesse alla divulgazione l'amministrazione necessiti di conoscere quale sia l'interesse (pubblico) sotteso all'accesso, e non sempre tale indice può desumersi dalla natura del dato o documento richiesto. In questi termini, l'assenza di motivazione della richiesta di accesso rischia di rivelarsi una soluzione negativa per l'istante. Il privato è libero di non motivare la propria istanza, ma la mancata indicazione di un interesse pubblico alla conoscenza potrebbe indurre l'amministrazione a negare l'accesso. A questo punto, dinanzi alla mancata motivazione, l'amministrazione sarebbe autorizzata a presumere un utilizzo deviato dello strumento di accesso, comunque finalizzato a scopi diversi dalla trasparenza».

[157] «La nuova normativa introdotta dal D.lgs. 97/2016 non prevede il *public interest test,* il quale si concretizza in una tecnica di bilanciamento, di comparazione, tra tutela dell'"interesse-limite" e tutela dell'interesse pubblico alla divulgazione e quindi alla conoscenza diffusa del documento. Per meglio dire, nella disciplina nazionale tale bilanciamento tra interesse privato alla riservatezza e interesse pubblico alla conoscenza è già sta-

Ai sensi della modifica del 2016, alla base dell'accesso civico generalizzato vi è una duplice *ratio*: controllare diffusamente l'amministrazione, sia in riferimento all'esercizio delle funzioni istituzionali sia all'impiego delle risorse pubbliche necessarie, e promuovere la partecipazione pubblica[158]. Questi rilievi, differenziando tale diritto dall'accesso documentale e, parzialmente, dall'accesso civico, pongono l'accesso generalizzato in una relazione che le summenzionate *Linee guida ANAC sul FOIA* hanno definito «di profondità» rispetto al diritto di accesso documentale[159] e di «autonomia» rispetto al diritto di accesso civico[160].

Cercando di riassumere lo sviluppo del diritto di accesso nell'ordimento italiano, sul piano della legge, appare esserci stata una vera e propria evoluzione normativa. Si è cominciato dall'accesso documentale *ex* l. n. 241 del 1990, un diritto di accesso azionabile soltanto da soggetti in grado di provare un interesse qualificato ed esercitabile a fini tipicamente individuali e difensivi – aspetto rimarcato dalla circostanza del divieto dell'esercizio dello stesso a fini di controllo generalizzato. Si è passati per il diritto di accesso civico, non più spettante a una determinata categoria specifica di soggetti bensì a chiunque. Un accesso ribaltato, il cui obiettivo è la diffusione di forme diffuse di controllo sull'azione della pa fondato sul binomio "dovere dell'amministrazione-diritto dell'individuo", essendo stato previsto che le amministrazioni devono pubblicare *ex lege* tutta una serie di documenti, informazioni e dati e che, in tal modo, divengono oggetto di *accessibilità totale* (che, come esaminato, di *totale* aveva ben poco in conseguenza dell'individuazione a monte da parte del legislatore di cosa pubblicare e cosa non – limi-

to effettuato a monte dal legislatore, a condizione che l'interprete riscontri la presenza di un pregiudizio concerto all'interesse-limite nella fattispecie concreta», C. Tommasi, *Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato*, cit., 14.

[158] Cfr. art. 5 co. 2 d. lgs. n. 33 del 2013. In riferimento alla partecipazione specificamente si veda A. Cauduro, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, cit.

[159] «Dunque, l'accesso agli atti di cui alla l. 241/90 continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi. Tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni», *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.lgs. 33/2013*, cit., 2.3. Come affermato da E. Carloni, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, cit., 607, «[l]'accesso ai documenti e l'accesso generalizzato si pongono uno di fianco all'altro, ma sulla base di norme e presupposti differenti, come diverse sono le finalità che li guidano: differenza che è chiara già solo ponendo a confronto le prospettive della partecipazione democratica e del controllo diffuso, che sono dietro il nuovo accesso civico, ed il divieto di controllo generalizzato e lo stretto rapporto con l'essere "interessato", che fondano l'attuale impianto del diritto di accesso ai documenti amministrativi».

[160] Cfr. *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.lgs. 33/2013*, cit., 2.2.

tando dunque la finalità di controllo sulla pa nonostante la mancanza di obbligo di motivare). Infine, avvicinandosi al modello dei vari FOIA delle altre esperienze straniere, si è giunti al diritto di accesso civico generalizzato. Una pretesa individuale tutelata giuridicamente all'ottenimento, che non richiede una espressa motivazione, finalizzata all'ottenimento di dati e documenti detenuti dall'amministrazione, anche quelli non ricompresi nell'obbligo di pubblicazione. In tal modo risulta evidente anche l'evoluzione della *ratio*: alla finalità precedente si è aggiunta quella della partecipazione pubblica all'attività amministrativa, grazie al superamento della trasparenza proattiva a favore del modello reattivo[161].

Questo percorso normativo, influenzato dall'aumento di sensibilità dell'opinione pubblica e della cittadinanza verso il tema della trasparenza, ha iniziato a dare i primi risultati se si confrontano i dati del *Global Right to Information Rating*: «[i]n seguito all'entrata in vigore del D.lgs. 97/2016, l'Italia è passata dall'essere tra i dieci Paesi peggiori in tema di accessibilità alla 55esima posizione»[162]. Sebbene la classifica veda il nostro Paese lontano dalla vetta, bisogna essere consci che questo rappresenta un punto di partenza e non, si spera, un punto di arrivo.

7. *Conclusioni per un possibile raffronto*

Nella consapevolezza della presenza di fattori ulteriori all'ordinamento giuridico in grado di incidere sul processo di confronto, dalla comparazione fra il dirit-

[161] Così il Consiglio di Stato, Sez. Cons., 18 febbraio 2016, parere n. 343/2016 (c.d. Parere sul decreto trasparenza), *Considerato*, 11.2: «il decreto [d.lgs. n. 97 del 2016] aggiunge alla preesistente trasparenza di tipo "proattivo", ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle notizie indicati dalla legge (d.lgs. 33/2013), una trasparenza di tipo "reattivo", cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*, nella definizione inglese *F.O.I.A*) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana» (consultabile in https://goo.gl/ecYMYb).

[162] Così C. Tommasi, *Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato*, cit., 17 (63). In realtà, nel 2019 l'Italia ha perso qualche posizione, piazzandosi al 63esimo posto, a cavallo fra Ungheria e Rwanda (cfr. https://www.rti-rating.org/country-data/). «The Right to Information Rating is a programme founded by Access Info Europe (AIE)[a human rights organisation dedicated to promoting and protecting the right of access to information in Europe as a tool for defending civil liberties and human rights, for facilitating public participation in decision-making and for holding governments accountable] and the Centre for Law and Democracy (CLD)[a non-profit corporation based in Halifax, Nova Scotia, Canada. CLD works to promote, protect and develop those human rights which serve as the foundation for or underpin democracy, including the right to information (RTI), but also the right to freedom of expression and the right to free assembly]. The central idea behind the RTI Rating is to provide RTI advocates, reformers, legislators and others with a reliable tool for comparatively assessing the overall strength of a legal framework for RTI. The Rating also indicates the strengths and weaknesses of the legal framework and provides a handy means for pinpointing areas in need of improvement», dal sito ufficiale di *Global Right to Information Rating* (GRIR) (consultabile in http://www.rti-rating.org/about/). Il *rating* consiste in una classifica che arriva fino 150 punti, composta da vari indici: Right of Access, Scope, Requesting procedures, Exceptions, Appeals, Sanctions, Promotional measures.

to all'informazione in Italia e in Estonia emergono alcuni tratti interessanti che si riflettono sulla situazione attuale dello stato della digitalizzazione nei due Paesi.

In primis il diritto all'informazione trova un esplicito ed espresso riconscimento sul piano costituzionale unicamente nel Paese baltico. Questo aspetto ha influito sulla generale concezione e attribuzione di importanza all'informazione in quanto tale, *kingping* dei processi digitali. Anche per questa ragione, *in secundis*, contrariamente all'esperienza estone, il diritto all'informazione nell'ordinamento italiano ha subito un'evoluzione concettuale significativa: nato sul piano legislativo quale diritto individuale difensivo, esso si è piano piano affinato per divenire un diritto generale mirato principalmente al controllo sull'amministrazione e alla partecipazione della cittadinanza all'attività amministrativa. Infine nell'ordinamento estone la logica desumibile è ribaltata rispetto a quella italiana: il fine principale non è tanto controllare l'amministrazione, quanto consentire il riuso dell'informazione pubblica – riuso che, come visto, nell'ordinamento di Tallinn è innalzato a diritto soggettivo del singolo cittadino. In Italia, invece, è predominante la logica di controllo dell'operato della pa a cui, quasi marginalmente, si affianca il concetto di riuso dell'informazione pubblica e di *open by default* di dati e informazioni in possesso dell'amministrazione previsto dal CAD in attuazione della disciplina europea[163].

È dunque evidente nel sistema giuridico estone un'ottica di sviluppo e funzionalità tale da portare in secondo piano il controllo sull'amministrazione. All'opposto si pone l'esperienza italiana dove non vi è un espresso diritto all'informazione poiché il legislatore si è sempre ispirato al principio di trasparenza: anzichè sul fine – il diritto all'informazione – l'ordinamento italiano si concentra sul

[163] Cfr. art. 52 co. 2 d.lgs. n. 82 del 2005: «I dati e i documenti che i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, pubblicano, con qualsiasi modalità, senza l'espressa adozione di una licenza di cui all'articolo 2, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, si intendono rilasciati come dati di tipo aperto ai sensi all'articolo 1, comma 1, lettere l-bis) e l-ter), del presente Codice, ad eccezione dei casi in cui la pubblicazione riguardi dati personali». Relativamente al riutilizzo dei dati nel settore pubblico si veda anche il d.lgs. n. 102 del 2015, attuativo della direttiva 2013/37/UE, cit., che ha modificato il d.lgs. n. 36 del 2006 attuativo della precedente direttiva 2003/98/CE. Proprio il d.lgs. n. 36 del 2006 s.m.i. stabilisce che «[l]e pubbliche amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico provvedono affinché i documenti cui si applica il presente decreto legislativo siano riutilizzabili a fini commerciali o non commerciali secondo le modalità […]» (art. 1 co. 2) e che «[c]on riferimento a dati pubblici non ancora resi disponibili, i soggetti che intendono riutilizzare dati delle pubbliche amministrazioni o degli organismi di diritto pubblico presentano apposita richiesta secondo le modalità stabilite dal titolare del dato con proprio provvedimento, fermo restando quanto previsto dall'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni» (art. 5 co. 2). Sul punto si rimanda, *ex multis*, a D. Marongiu, *I dati aperti come strumento di partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. Civitarese Mateucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, 77ss.; F. Gaspari, *L'agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, Torino, 2016; F. Minazzi, *Il principio dell'"Open data by default" nel Codice dell'amministrazione digitale: profili interpretativi e questioni metodologiche*, in *federalismi.it*, 2013; M. Alovisio, *Criticità Privacy nel riutilizzo dei dati pubblici*, in *Inf. dir.*, 2011, 45 ss.; G. Rizzo, F. Morando, J.C. De Martin, *Open data: la piattaforma di dati per il Linked Data*, in *Inf. dir.*, 2011, 493 ss.

mezzo – la trasparenza[164]. Proprio per questa ragione risulta più arduo in Italia rispetto all'Estonia attuare importanti progetti digitali in grado di influire positivamente sulla prestazione di servizi amministrativi e, in generale, sulla pubblica amministrazione nel complesso.

È la collocazione, centrale, di diritto all'informazione all'interno dell'ordinamento giuridico estone che ha permesso al Parlamento di Tallinn di elaborare, sviluppare e gestire innovativi progetti digitali, quali *X-Tee* o l'*e-Residency*[165].

[164] Infatti, come evidenziato da G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit., 878, «[p]er essere esatti, la trasparenza è una *tecnica* che serve a garantire il diritto di essere informati: i due concetti stanno, tra loro, in un rapporto di mezzo a fine. La trasparenza è forse "il migliore disinfettante in democrazia", secondo l'icastica definizione del giudice Louis Brandeis; ma resta, in ogni caso, uno strumento del diritto di essere informati, un mezzo di partecipazione alla vita pubblica e di controllo sul potere, e non diviene mai un *fine in sé*, a cui l'ordinamento tende in quanto tale».

[165] *X-Tee* (dall'estone *tee*, "strada" – più noto a livello internazionale come X-Road) è un progetto digitale estone, sviluppato a partire dal 2001 dal Governo in sincronia con le maggiori compagnie digitali del Paese, finalizzato a consentire lo scambio di dati e informazioni fra pa-pa, fra pa-privati e, in talui casi, anche fra privati. *X-Tee* consiste in una infrastruttura digitale, una rete, una piattaforma di condivisione, che mette in connessione tutti le basi di dati e i *servers* delle pubbliche amministrazioni garantendo l'interoperabilità e il *data sharing* in tutto il settore pubblico. Ciascuna amministrazione elabora e conserva i dati che riceve e li rende condivisibili a qulle amministrazioni autorizzate per la ricezione degli stessi, garantendo la loro qualità. Proprio la circostanza che è l'amministrazione a produrre i dati elide la verifica dell'attendibilità dei dati e delle informazioni medesime (il concetto è stato adottato dall'Italia per la creazione di SPID, il Sistema pubblico di identità digitale, la cui strategia scelta è stata quella di affidare a precisi e predeterminati soggetti terzi, i c.d. soggetti certificatori, il compito di identificare una volta per tutte e con la massima certezza l'identità reale di ciascun soggetto richiedente l'identità digitale). In tal modo, alla nascita di un bambino l'ospedale registra i dati di questi nel sistema sanitario per poi trasmetterli al registro della popolazione residente. Un esempio simile può essere fatto per il sistema impositivo. La circostanza per cui i dati e le informazioni sono raccolte ed elaborate da ciascuna amministrazione conferisce a *X-Tee* una struttura decentralizzata, la quale garantisce funzionalità, resistenza e sicurezza: il rogo della biblioteca di Alessandria d'Egitto nel primo secolo a.C., emblema di un sistema centralizzato (in quanto essa era il solo luogo fisico nel quale si trovavano i manoscritti e i papiri) rende evidente la debolezza di questo tipo di sistema. Sul sito ufficiale dell'Autorità estone del sistema informativo è possibile reperire numerosi dati e informazioni relative al progetto *X-Tee*: https://www.ria.ee/en/x-road.html. All'indirizzo https://www.ria.ee/x-tee/fact/#eng è invece possibile consultare in tempo reale le statistiche relative a questo progetto. La funzionalità del progetto *X-Tee*, che può essere considerato a tutti gli effetti il progetto principale di tutto il processo di digitalizzazione estone, risiede anche nel fatto di essere disciplinato sul piano regolamentare (Regolamento del Governo della Repubblica di Estonia n. 105 del 23 settembre 2016, *Il piano di scambio del sistema informativo*; Direttiva n. 1.1-2/16-090 del 2 giugno 2016 del Direttore Generale dell'Autorità del Sistema Informativo, *Requisiti per i servizi fiduciari del piano di scambio di informazioni del sistema informativo*; Direttiva n. 1-2/15-105 del 10 dicembre 2015 del Direttore Generale dell'Autorità del Sistema Informativo, *Termini e condizioni dell'ambiente di scambio di informazioni del sistema informativo*), pur basandosi sulla *Legge sull'informazione pubblica*. Il progetto *e-Residency*, invece, consente a coloro i quali non sono "fisicamente" residenti in Estonia di diventarlo "digitalmente" con la possibilità di usufruire delle infrastrutture e dei servizi digitali estoni esattamente come se si fosse residente "*in loco*". Relativamente a quest'ultimo progetto di veda T. Kotka, C.I. Vargas Alvarez del Castillo, K. Korjus, *Estonian e-Residency: Redefining the Nation-State in the Digital Era*, in *University of Oxford*, *Working Paper Series n. 3*, Settembre 2015; e in italiano L.G. Sciannella, *L'*Estonian e-Residency*: verso uno Stato sempre più "cross-border"?*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 1/2018, 20 ss. Più in generale sulla digitalizzazione del settore pubblico in Estonia si vedano S. Mäeltsemees, Ű. Madise, P. Vinkel, *Dimensions of Administrative Culture in Estonia*, in *Halduskultuur – Administrative Culture*, 17, 2, 129-142; E. Karo, W. Drechsler, R. Kattel, C. Stillings, *Introduction to the Special Issue: Public Administration, Technology and Innovation*, in *Halduskultuur – Administrative Culture*, 13, 1/2012 4-9; C. Rochet, J. Peignot, A. Peneranda, *Digitalizing*

Da questa evoluzione concettuale all'interno dell'ordinamento italiano è possibile cogliere una crescente importanza del diritto all'informazione, la cui premessa è stata in posta con il diritto di accesso come declinato nelle ultrime previsioni legislative[166], evolutosi prima in trasparenza e poi, da ultimo, in partecipazione[167]. E questa centralità[168] guarda verso il nuovo paradigma dell'*Open-Government*[169] proprio grazie all'utilità dei dati e delle informazioni[170].

---

the Public Organization: Information System Architecture as a Key Competency to Foster Innovation Capabilities in Public Administration, in *Halduskultuur - Administrative Culture*, 13, 1/2012, 49-66.

[166] Così anche G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit., 889, il quale, citando Massimo Severo Giannini, scrive che «[i]l diritto d'accesso va dunque concepito come "un capitolo applicato del diritto dell'informazione", e non solo quale precipitato dei principi di imparzialità e buon andamento». Tuttavia lo stesso autore precisa che «[a]nche qualora si voglia definire l'accesso civico come "diritto individuale all'informazione amministrativa", esso andrà tutelato come diritto fondamentale solo entro i limiti delle finalità ad esso proprie, ossia la conoscenza di dati che riguardano le PA, dal momento che è stato riconosciuto ai cittadini per consentire ad essi di esercitare un controllo sulle PA e partecipare consapevolmente alle decisioni pubbliche, e non per conoscere informazioni riguardanti i privati», G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, cit., 17.

[167] Come sottolinea parte della dottrina, «[a]ttraverso "i nuovi accessi", che potrebbero perciò esprimere la dimensione sovraindividuale del diritto di informazione, si dà effettività al principio di partecipazione […]», A. Cauduro, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, cit., 603-604. Il legame fra il principio di trasparenza e quello di partecipazione era già stato sottolineato precedentemente, *ex multis*, da Corasaniti. Questi aveva affermato che «[s]ebbene il principio non sia richiamato espressamene nella Costituzione, la "trasparenza" nei rapporti tra cittadini e imprese, e tra cittadini o imprese e poteri pubblici, costituisce certamente un'esigenza nella quale si realizza il principio democratico della partecipazione (art. 3 Cost.), consentendo anche di verificare in concreto l'organizzazione, i metodi, le forme concrete dell'azione amministrativa, e di valutarne, di conseguenza, l'opportunità, la coerenza e la corrispondenza ai canoni costituzionali de buon andamento e di imparzialità (art. 97 Cost.)», G. Corasaniti, *Diritto e deontologia dell'informazione*, Padova, 2006, 18.

[168] È celebre l'espressione di Norberto Bobbio di democrazia come *governo del potere pubblico in pubblico*: «Con un apparente bisticcio si può definire il governo della democrazia come il governo del potere pubblico in pubblico. Il bisticcio e solo apparente perché "pubblico" ha due significati secondoché venga contrapposto a "privato", come nella classica distinzione tra *ius publicum* è *ius privatum*, trasmessaci dai turisti romani, oppure a "segreto", nel qual caso ha il significato di non appartenente alla "cosa pubblica" o allo "stato", ma di "manifesto", palese, per l'appunto "visibile"», N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 86. Sulla figura di Bobbi si veda M. Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Roma, 2018.

[169] «L'espressione "open government" è traducibile con la locuzione "governo aperto". In prima approssimazione, con questa formula si fa riferimento all'idea che il potere debba essere esercitato anzitutto in maniera "aperta" nei confronti dei cittadini, e quindi debba essere trasparente. In un secondo senso, che esso debba essere "aperto" agli apporti che dai cittadini stessi possono essere offerti, e quindi lasciare spazio alla partecipazione e alla cooperazione», F. Costantino, *Open Government*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, Agg., 2015, 270. D'altronde, come sostenuto da importante dottrina, «il FOIA è la premessa giuridica necessaria per creare le condizioni di *open government*», M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit., 602. Sull'argomento si vedano anche E. Carloni, *L' amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, 2014 e L. Sartori, *Open government: what else?*, in *Ist. fed.*, n. 3-4/2013, 753 ss.

[170] Come sostenuto da parte della dottrina, «nel custodire informazioni e dati, l'amministrazione agisce nell'interesse di terzi, ossia dei cittadini, i quali rappresentano in ultima analisi i veri titolari del "bene" informazione. Le informazioni, infatti, possono essere apprezzate anche come "beni della vita" che soddisfano interessi meritevoli di tutela (eventualmente patrimoniali) dell'individuo, oltre che come oggetti di conoscenza su cui si esercita la libertà di informazione in senso riflessivo o passivo del cittadino. […] [P]oco importa l'etichetta formale che si attribuisce alle informazioni, ciò che conta ai fini del ragionamento è che esse vengano viste come

L'*Open-Gov*, che deriva dall'*e-Government* e ne rappresenta un ammodernamento grazie alle ICT[171], ha come *pivot* l'informazione (e il dato) nella sua piena accessibilità: gli *open data*. Fino ad ora considerati «una grande risorsa […] in gran parte inespressa»[172], soprattutto nei rapporti fra l'amministrazione italiana e i cittadini, nonchè oggetto di «isolamento e opacità»[173], gli *open data* si stanno dimostrando uno strumento indipensabile per consentire il raggiungimento di tutti i principi a cui mirano i diritti di accesso civico e civico generalizzato, vale a dire il controllo sull'operato della pa, la partecipazione dei cittadini e, dunque, la collaborazione[174]. Avendo il legislatore colto il potenziale degli *open data*, essi sono stati posti al centro dell'azione dell'ANAC e, soprattutto, di AGID[175] e del Team per la trasformazione digitale[176]: fra i molteplici esempi per un loro utilizzo basti accennare al *Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazio-*

---

beni tutelati dall'ordinamento, in grado di soddisfare le esigenze umane, capaci di recare utilità all'uomo», G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, cit., 879-880.

[171] «[L]'E-government, del quale l'Open Government può essere ritenuto un'evoluzione: per E-Government si intende la politica che ha caratterizzato, negli anni 90, il processo di adozione da parte dell'amministrazione delle ICT. Esso si è sostanziato in un mutamento di carattere organizzativo, realizzato mediante la digitalizzazione della gestione dei documenti e dei procedimenti, con il triplice fine di migliorare la qualità e la rapidità dei servizi e di diminuire i costi dell'amministrazione, nonché di favorire la comunicazione e la partecipazione tra cittadini e amministrazione. Si è messo in rilievo come l'uso delle tecnologie in questa fase sia stato limitato o si sia ridotto al massimo a trasporre in forma elettronica servizi cartacei, ma senza rivoluzionare i processi organizzativi, e sia stato effettuato un uso molto limitato della rete, limitatamente alla sola pubblicazione in bacheca di informazioni. La fase dell'e-government è stata per tali ragioni ritenuta molto deludente. Nel frattempo l'evoluzione della tecnologie ha non solo e non tanto favorito l'utilizzazione delle ICT da parte di cittadini e amministrazione, e quindi lo svolgimento di determinate attività in modalità informatica, ma, in maniera sempre più rilevante, ha permesso la creazione di comunità on-line, anzitutto a livello locale, sia attraverso iniziative dal basso che con il veicolo delle amministrazioni, e ciò ha permesso la condivisione di informazioni e nuove forme di comunicazione. L'evoluzione dell'*e-government* si è quindi legata all'evoluzione delle tecnologie, con l'avvento dell'interazione, che ha definito il web 2.0 e decretato il successo dei social network, nonché con l'affermazione della filosofia e delle prime esperienze di open source», F. Costantino, *Open Government*, in *Dig. disc. pubbl.*, cit., 272.

[172] M.C. De Vivo, Al. Polzonetti, P. Tapanelli, *Open Data, Business Intelligence e Governance nella Pubblica Amministrazione*, in *Inf. Dir.*, n. 1-2/2011, 241

[173] Cfr. F. Di Mascio, *Miti e realtà degli* open data *all'italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2017, 405-406, il quale pone in evidenza altresì che «[l]'accompagnamento dei processi di riforma associati agli open data è, infatti, un aspetto che ha goduto finora di scarsa attenzione».

[174] Così anche F. Costantino, *Open Government*, in *Dig. disc. publ.*, cit., 275: «[l]e tre parole chiave che riassumono la filosofia dell'Open Government sono *trasparenza*, *partecipazione*, *collaborazione*».

[175] L'AGID, acronimo di Agenzia per l'Italia Digitale, è una agenzia, istituita *ex* art. 19 d.l. n. 83 del 2012 e sottoposta al controllo e alla vigilanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri o di un Ministro delegato, il cui obiettivo è realizzare l'Agenda digitale italiana in attuazione dell'Agenda digitale europea (quest'ultima Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2010)245, in https://goo.gl/Y7xB6b). Il sito ufficiale dell'agenzia è https://www.agid.gov.it/, e ivi è possibile reperire numerose informazioni utili relative ad AGID e all'amministrazione digitale in generale. Relativamente al rapporto fra l'Agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione si veda, nello specifico, F. Gaspari, *L'agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, cit.

[176] Il Team per la trasformazione digitale è una struttura commissariale guidata da Commissario straordinario del Governo per l'attuazione dell'Agenda digitale – che attualmente è Luca Attias e in precedenza era Diego Piacentini – ai sensi del d.P.C.M. 16 settembre 2016 (consultabile in https://goo.gl/JPbsep).

ne 2019-2021 di AGID (detto più brevemente *Piano triennale*), il quale « indica le linee di azione per promuovere la trasformazione digitale del settore pubblico e del Paese»[177]. Il Piano disciplina le linee operative di sviluppo dell'informatica pubblica, il modello strategico di evoluzione del sistema informativo dell'amministrazione, nonché gli investimenti ICT del settore pubblico in accordo con le linee guida europee e dell'esecutivo. O basti accennare ai vari portali di dati aperti della pubblica amministrazione quale https://www.dati.gov.it/[178], o al *Data & Analytics Framework*, progetto sviluppato dal Team per la trasformazione digitale il cui obiettivo è «migliorare e semplificare l'interoperabilità e lo scambio dei dati pubblici tra PA, standardizzare e promuovere la diffusione degli Open Data, ottimizzare i processi di analisi dati e generazione di sapere»[179].

[177] Così come riportato nel sito ufficiale del *Piano triennale* (https://pianotriennale-ict.italia.it/). Il *Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2019-2021* è consultabile in https://bit.ly/30tXO7w.

[178] Come riportato sul sito stesso, dati.gov.it è un portale gestito da AGID e da FormezPA, che costituisce «il catalogo nazionale dei metadati relativi ai dati rilasciati in formato aperto dalle pubbliche amministrazioni italiane». Portali simili esistono anche in alcune realtà regionali e locali: relativamente al Piemonte, una delle Regioni all'avanguardia sul tema, possono essere menzionati http://www.dati.piemonte.it/ e http://aperto.comune.torino.it/.

[179] Così il sito del Team per la trasformazione digitale (cfr. https://goo.gl/VWvrDa). Il *Data & Analytics Framework* (DAF) è previsto, seppur con un nome differente, dal d.lgs. n. 82 del 2005: il correttivo del 2017 infatti ha inserito l'art. 50-*ter*, rubricato *Piattaforma Digitale Nazionale Dati*, ai sensi del quale «1. La Presidenza del Consiglio dei ministri promuove la progettazione, lo sviluppo e la sperimentazione di una Piattaforma Digitale Nazionale Dati finalizzata a favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto, per finalità istituzionali, dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a), ad esclusione delle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, nonché' alla condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese, in conformità alla disciplina vigente. 2. In sede di prima applicazione, la sperimentazione della Piattaforma Digitale Nazionale Dati è affidata al Commissario straordinario per l'attuazione dell'Agenda digitale non oltre il 31 dicembre 2018. 3. Ai fini dello svolgimento delle funzioni di cui al comma 2, il Commissario straordinario per l'attuazione dell'Agenda digitale provvede, nel rispetto dei limiti, delle condizioni e delle modalità stabilite dal Garante per la protezione dei dati personali e dal decreto di cui al comma 4, ad acquisire i dati detenuti dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a), ad esclusione delle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, organizzarli e conservarli, nel rispetto delle norme tecniche e delle metodologie idonee a garantire la condivisione dei dati tra le pubbliche amministrazioni stabilite da AgID nelle Linee guida. I soggetti che detengono i dati identificati nel decreto di cui al comma 4, hanno l'obbligo di riscontrare la richiesta del Commissario, rendendo disponibili i dati richiesti senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. 4. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Garante per la protezione dei dati personali e le Amministrazioni titolari dei dati, sono stabilite le modalità di attuazione del presente articolo al fine di favorire la condivisione dei dati fra le pubbliche amministrazioni, di semplificare l'accesso ai dati stessi da parte dei soggetti che hanno diritto ad accedervi e di semplificare gli adempimenti e gli oneri amministrativi per i cittadini e le imprese, ed è identificato l'elenco dei dati che i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a), ad esclusione delle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, sono tenuti a rendere disponibili per le finalità di cui al comma 3; l'elenco è aggiornato periodicamente con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il Garante per la protezione dei dati personali e le Amministrazioni titolari dei dati. Con il medesimo decreto sono stabiliti i limiti e le modalità di acquisizione, organizzazione e conservazione dei dati. 5. Il trasferimento dei dati nella Piattaforma Digitale Nazionale Dati non modifica la titolarità del dato».

Fermo restando che la definizione di *open data* è stabilita dal d.lgs. n. 82 del 2005[180], anche il *Piano triennale* di AGID precedente a quello attuale si era occupato di *open data*, defininendoli come «"dati di tipo aperto" […] [che] comportano un processo finalizzato a rendere i dati della Pubblica amministrazione liberamente usabili, riutilizzabili e ridistribuibili, da parte di chiunque e per qualunque scopo, anche commerciale, purché non siano soggetti a particolari restrizioni (ad es.: segreto di stato, segreto statistico, vincoli di protezione dei dati personali definite dal Garante della privacy)»[181]. Da queste definizioni emergono «[i] tre pilastri della politica sui dati [...] ossia apertura, riutilizzabilità e gratuità»[182] che riflettono la lungimiranza della scelta del legislatore: consentendo l'apertura e il riuso dei dati anche a fini commerciali[183], essi si mostrano essere un vero e proprio volano per la crescita economica[184] oltreché per una effettiva partecipazione della cittadinanza alla vita amministrativa.

Come analizzato in precedenza, la strada del riuso dell'informazione e dei dati è stata intrapresa dall'Estonia, da più di cinque lustri, con evidente successo. Sebbene non manchino criticità in proposito[185] e nonostante la sempre più diffu-

[180] Ai sensi dell'art. 1 co. 1 lett. *l-ter*) sono «dati di tipo aperto: i dati che presentano le seguenti caratteristiche: 1) sono disponibili secondo i termini di una licenza o di una previsione normativa che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato; 2) sono accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti ai sensi della lettera l-*bis*), sono adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e sono provvisti dei relativi metadati; 3) sono resi disponibili gratuitamente attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure sono resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione salvo quanto previsto dall'articolo 7 del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36». Questa lettera è stata inserita dall'ultimo correttivo al CAD (d.lgs. n. 217 del 2017), mentre precedentemente la definizione di "dati di tipo aperto" all'art. 68 co. 3 lett. *b*). In argomento si veda anche la Direttiva 2013/37/UE sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

[181] Così già in precedenza AGID, *Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2017-2019*, 34 (consultabile in https://goo.gl/htYP5w).

[182] F. Costantino, *Open Government*, in *Dig. disc. pubbl.*, cit., 283.

[183] Cfr. art. 2 d.lgs. n. 36 del 2006 lett. *e*), laddove viene data una definizione di riutilizzo: «l'uso del dato di cui è titolare una pubblica amministrazione o un organismo di diritto pubblico, da parte di persone fisiche o giuridiche, a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale per il quale il documento che lo rappresenta è stato prodotto nell'ambito dei fini istituzionali».

[184] Così anche F. Costantino, *Open Government*, in *Dig. disc. pubbl.*, cit., 277, laddove scrive che «le informazioni consentono ai cittadini di acquisire informazioni ad essi utili (termini dei procedimenti, documentazione da produrre), eventualmente anche al di fuori del rapporto con l'amministrazione, in quanto soddisfano dei propri interessi economici-giuridici-culturali (mappe del territorio, dati metereologici e così via). A questa funzione va ricondotta la possibilità di accedere ai dati al fine di un loro riutilizzo, in quanto strumento per lo sviluppo economico».

[185] «[I]l processo di rilascio dei dati è unilaterale, per cui non è possibile per gli operatori interagire con l'amministrazione né sulla scelta su quali set di dati mettere a disposizione, né sulla qualità dei dati offerti, così che la disponibilità di informazioni non viene costruita partendo dalle richieste e dai bisogni di cittadini ed operatori, il che invece permetterebbe un'effettiva partecipazione e collaborazione. Inoltre il tempo e le risorse dedicate al rilascio dei dati, e ancor più all'aggiornamento e al feedback, è minimo, in quanto comunque, anche nei paesi in cui sono disponibili più risorse, esse sono convogliate sulla gestione degli ordinari servizi. Quanto alla selezione dei dati, si critica più di frequente come sinora ci si sia preoccupati più di aprire i dati per favorirne l'impiego commerciale o il miglioramento dei servizi che per la valutazione della responsabilità, la c.d. accountability, e quindi per il controllo sull'operato dei poteri pubblici. Le amministrazioni, nel decidere quali data set

sa convinzione che gli *open data* in sé non sono ancora sufficienti, essendo necessario soffermarsi non solo sulla quantità dei dati (i c.d. *big data*)[186] ma soprattutto sulla loro qualità – anche per il tramite dell'incremento delle connessioni e dei collegamenti fra loro (i c.d. *linked data*) – quanto fatto evidenzia che la strada che l'Italia ha intrapreso è corretta sul piano teorico, avendo dimostrato di aver superato alcune perplessità pregresse[187] e di aver fatto importanti miglioramenti nel tempo rispetto ad altri Paesi dell'Unione europea, e questo nonostante la presenza di una disciplina europea in tema di riutilizzo dell'informazione pubblica e in tema di apertura dei dati[188].

---

proporre, escludono quelli che possono tradursi in una valutazione del proprio operato: non espongono dati relativi alla regolazione e non forniscono dati sul processo decisionale, senza che per ciò siano previste sanzioni. Così che, anche nell'epoca delle ICT, spiegazione e giustificazione delle proprie azioni, che costituiscono la vera trasparenza, mancano. Tale critica sottolinea particolarmente tale aspetto in quanto l'assunzione di responsabilità da parte dei soggetti pubblici è stata, come si è visto, proprio la ragione a monte dell'*apertura*. Altri, sulla stessa linea d'onda, rileva che questa interpretazione della trasparenza non aiuti a stimolare gruppi, comunità», F. Costantino, *Open Government*, in *Dig. disc. pubbl.*, cit., 283-284.

[186] Sull'argomento, che necessariamente si ricollega sia al *machine learning* sia al *deep learning* dei quali ivi non si ha la possibilità di approfondire, si vedano *ex multis* G. Carullo, *Big data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Conc. merc.*, 1/2016, 181 ss.; M. Falcone, Big data *e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2017, 601 ss.; e F. Costantino, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra* open *e* big data, in *Dir. amm.*, n. 4/2017, 799 ss.

[187] Un esempio in proposito può essere rappresentato dalle banche dati, le quali oggi sono considerate essenziali per il diritto all'informazione e non soltanto in riferimento all'ordinamento estone. Invece nella fine degli anni Ottanta la dottrina si interrogava, preoccupandosi, degli effetti dell'avvento delle banche dati: «[p]uò porsi il problema se le notizie raccolte per determinati fini possono poi essere messe a disposizione del pubblico per soddisfare l'interesse all'informazione della collettività. È questo un particolare aspetto della pubblicità in ordine al quale, è forse opportuno, in questa sede soffermarsi anche a causa dell'avvento delle c.d. banche dei dati. A tale proposito si può rilevare che l'interesse costituzionalmente protetto in base al quale la P.A. è legittimata ad ottenere determinate informazioni dai privati, non consente che le relative notizie possano poi essere messe a disposizione di tutti i cittadini in quanto tale utilizzazione successiva costituirebbe una nuova limitazione delle libertà dell'obbligato […]. Tale lesione, d'altro canto, non sarebbe assistita da un'idonea copertura costituzionale e ciò perché, anche ad ammettere l'esistenza di uno specifico interesse costituzionalmente protetto all'acquisizione dell'informazione, del relativo obbligo a consentire l'accesso alle fonti notiziali potrebbe essere gravata soltanto la P.A. e non i privati cui le notizie si riferiscono […]. Né potrebbe tranquillamente sostenersi che l'obbligo notiziale legittimamente imposto non può ridursi ad una comunicazione doverosa tra il singolo e la P.A., ma deve intendersi invece come obbligo di pubblicità su determinati fatti. Tale soluzione presupporrebbe infatti che la P.A. quando esige dal privato l'adempimento dell'obbligo notiziale, azione in effetti l'interesse della collettività all'informazione. Ma tale conclusione sarebbe doppiamente pericolosa, oltreché invalida. Da un lato, in nome dell'interesse costituzionalmente "protetto" all'informazione, si potrebbe legittimare l'impostazione di qualunque prestazione notiziale a carico dei privati; dall'altro, attribuire alla P.A. la tutela dell'interesse all'informazione equivale a statalizzare quest'ultimo, in contrasto con la sua appartenenza esclusivamente popolare in quanto espressione dell'esigenza democratica del controllo sull'operato dello Stato-apparato. Inoltre, la pubblicità dei dati raccolti andrebbe contro l'interesse costituzionalmente prodotto alla riservatezza del soggetto cui la notizia si riferisce», C. Chiola, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Ist. Pol. Zecca dello Stato, Roma, 1989, 3-4.

[188] Il riferimento è alla Direttiva 2003/98/CE, che è stata successivamente modificata dalla Direttiva (UE) 2013/37, la quale ha trovato attuazione nell'ordinamento italiano ad opera della disciplina del già citato d.lgs. n. 36 del 2006, il quale è stato poi emendato dal d.lgs. n. 102 del 2015. Il 20 giugno 2019 il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno adottato la Direttiva (UE) 2019/1024, che modifica la predetta Direttiva (UE) 2013/37.

Come sottolineato da parte della dottrina, l'elaborazione e l'attuazione di politiche digitali[189], nonché l'attuazione del principio di trasparenza, dipendono fortemente «dalla maturità dell'ordinamento nel suo complesso»[190]. In tema di digitalizzazione dell'amministrazione italiana si aggiunge l'ulteriore problema del divario generazionale in riferimento alle competenze digitali, in particolare in relazione ai dipendenti della pubblica amministrazione[191].

La situazione dell'amministrazione italiana *lunge* dall'essere come quella che opprime, con la propria assenza, il colonnello del romanzo breve di Garcia Márquez, nel quale questi attende per anni, invano, l'arrivo della propria pensione di guerra[192]. L'evoluzione concettuale avuta fino ad ora testimonia che la direzione intrapresa dal legislatore sta seguendo quella dei Paesi europei più all'avanguardia sul punto. Pur condividendo il canto del poeta secondo il quale «*caminante, no hay camino: se hace camino al andar*»[193], bisogna leggere con positività quanto fatto fino ad ora nella consapevolezza che il percorso in questione non è da ritenersi giunto al termine.

---

[189] «La politica sull'open government costituisce così, anche in Italia, un cantiere aperto», F. Costantino, *Open Government*, in *Dig. disc. publ.*, cit., 292.

[190] «[N]ella dottrina statunitense si distingue tra due tipi di trasparenza: la *fishbowl* (vaschetta del pesce) e la *reasoned* (ragionata). La prima riguarda appunto la capacità di sorvegliare, rendere pubblici i comportamenti, gli incontri, ed è oggi resa possibile dagli strumenti tecnologici; la seconda invece attiene al rendere evidenti le ragioni che sottostanno ad una decisione, ed è invece solamente potenziata dall'informatizzazione, ma non dipende da quest'ultima, bensì dalla maturità dell'ordinamento nel suo complesso, e dell'amministrazione nello specifico», F. Costantino, *Open Government*, cit., 278.

[191] Secondo la *Relazione finale* conclusiva dei lavori della *Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie e della comunicazione* (Camera dei Deputati, Atti Parlamentari, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti, Doc. XXII-*bis* n. 14, consultabile all'indirizzo https://goo.gl/zz7Mf6) emergono numerose criticità. Alcune di esse riguardano il mancato controllo dei costi effettivi nelle tecnologie in dotazione alla pa, come specificato a pagina 156: «[u]n esempio lampante di spreco dovuto al mancato controllo della spesa è emerso dai dati della telefonia mobile in convenzione Consip. Da una rapida analisi risultano, ogni anno, circa 2 milioni di euro di costi in servizi 'a valore aggiunto', in gran parte ingiustificabili perché relativi a servizi interattivi di intrattenimento o per adulti. Per quanto il fenomeno sia legato ai meccanismi di attivazione di questi servizi che spesso sfuggono al controllo dell'utente, il mancato controllo delle fatture ha permesso uno spreco che altrimenti sarebbe stato bloccato sin dalla prima fattura emessa», 152); tuttavia il problema principale è la mancanza di competenze tecniche adeguate all'interno dell'amministrazione, accentuata dall'età media dei dipendenti pubblici («è opportuno sottolineare come risulti urgente e non più procrastinabile un adeguamento delle competenze del personale (non solo) dirigenziale della PA, sia attraverso un massiccio investimento in formazione, sia attraverso una ineludibile immissione di nuovo personale, soprattutto nei livelli apicali. Il tentativo di istituire la figura di *Chief Digital Officer* "a costo zero" è chiaramente fallito. È di tutta evidenza che le figure necessarie non sono presenti all'interno della PA, nonostante, come detto, la normativa prevedesse figure analoghe sin dal 1993 e quindi non vi è alcuna giustificazione per una mancata politica di assunzione in quasi 25 anni. Il costo, però, di un protrarsi della mancanza di giuste competenze nei livelli apicali, con la conseguente esternalizzazione del *know-how* e l'impossibilità di una reale interlocuzione tra pari con i fornitori, è un costo di gran lunga superiore a quello necessario ad una deroga del blocco delle assunzioni per figure con adeguate competenze tecnologiche, manageriali e di informatica giuridica».

[192] Il riferimento è a G. Garcia Márquez*, Nessuno scrive al colonnello*, Milano, 1982.

[193] A. Machado, *Proverbios y cantares* (XXIX), in *Campos de Castilla*, 1912.

Il diritto all'informazione come base per una amministrazione digitale: una comparazione fra Italia ed Estonia

Il presente elaborato analizza il diritto all'informazione, comparandone la disciplina stabilita dall'ordinamento italiano con quella prevista dall'ordinamento della Repubblica di Estonia, mettendone in luce affinità e differenze, al fine di porre in evidenza la centralità di tale diritto per una concreta implementazione di politiche digitali inerenti alla pubblica amministrazione.

The right to information as a basis for a digital administration: a comparison between Italy and Estonia

The article analyses the right to information comparing the discipline established by the Italian legal order with that in the Republic of Estonia, underlining both similarities and differences. The purpose is to highlight the central role of the right to information for a concrete implementation of digital policies concerning the public administration.

Note sui collaboratori del presente fascicolo

Alessandra Amore, Dottore di ricerca in "Scienze economiche, aziendali e giuridiche", presso l'Università degli studi di Enna "Kore". Cultore di diritto amministrativo, Università degli studi di Palermo
(alessandra.amore@unikore.it)

Maurizio Cafagno, Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi dell'Insubria
(maurizio.cafagno@uninsubria.it)

Francesco Decarolis, Professore Associato, Avv. Giovanni Agnelli Chair of Economics, Università L. Bocconi
(francesco.decarolis@unibocconi.it)

Emanuela Furiosi, Avvocato, Dottore di Ricerca e Cultrice della materia in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano
(emanuela.furiosi@gmail.com)

Annalaura Giannelli, Professoressa Associata di Diritto amministrativo, Università degli Studi Giustino Fortunato
(a.giannelli@unifortunato.eu)

Walter Giulietti, Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi dell'Aquila
(walter.giulietti@univaq.it)

Ilenia Mauro, Dottore di ricerca in Economia, Diritto e Istituzioni. Legale d'azienda
(ilenia.mauro@gmail.com)

Andrea Maltoni, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Ferrara
(mltndr@unife.it)

Raimondo Motroni, Ricercatore TD di Diritto dell'economia, Università degli Studi di Sassari
(r.motroni@tiscali.it)

Biancamaria Raganelli, Professore Associato di Diritto dell'economia, Università degli Studi di Roma Tor Vergata
(biancamaria.raganelli@uniroma2.it)

Alessandro Rosanò, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Torino
(alessandro.rosano@unito.it)

Stefano Rossa, Dottorando in Autonomie, Servizi e Diritti, Università del Piemonte Orientale "A. Avogadro"
(stefano.rossa@uniupo.it)

Franco Sciarretta, Ricercatore confermato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma "Unitelma Sapienza"
(franco.sciarretta@unitelmasapienza.it)

Giuseppe Tropea, Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria
(giuseppe.tropea@unirc.it)

Sara Valaguzza, Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano
(sara.valaguzza@unimi.it)

#LevelUp

Giornate di orientamento
Anno Accademico 2019-2020

- Sabato 15 dicembre 2018
- Sabato 23 febbraio 2019
- Sabato 11 maggio 2019
- Sabato 20 luglio 2019
- Sabato 14 settembre 2019

Ore 9.00 - Aula Magna
Università LUMSA
Borgo Sant'Angelo, 13
Roma

SCEGLI L'UNIVERSITÀ LUMSA

18 corsi di laurea e 40+ master

5 BUONI MOTIVI PER STUDIARE ALLA LUMSA:

1. Soddisfazione dei laureati più alta della media nazionale (95,9% vs 88,1%)
2. Un'Ateneo internazionale con 5 double degree e studenti provenienti da 53 Paesi
3. Regolarità negli studi superiore alla media nazionale (67,1% vs 51,1%)
4. 185 accordi internazionali con università europee e extra-europee
5. Oltre 1.040 stage e tirocini attivati ogni anno in 2.000 aziende/enti convenzionati

LUMSA Università

WWW.LUMSA.IT

Scan me

www.lumsa.it
orientamento.roma@lumsa.it
Tel. 06 68.42.21

www.ildirittodelleconomia.it
www.mucchieditore.it