

SOMMARIO
MUNUS 3/2019
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/3_2019

Editoriale

ALDO SANDULLI, *Quali riforme per la pubblica amministrazione?* v

Saggi

IL SERVIZIO IDRICO TRA PRESENTE E FUTURO

FEDERICO CAPORALE, *Pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive* 747

GIORGIO MOCAVINI, *Le tre dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato*.....773

Articoli

APPALTI PUBBLICI, MA NON PER TUTTI

ROCCO STEFFENONI, *La resistibile ascesa dell'illecito antitrust come causa di esclusione nel settore degli appalti pubblici*.....795

CECILIA SERENI LUCARELLI, *Esclusione del concorrente non in regola con il fisco e principio di proporzionalità*827

PIETRO ZOLI, *Infiltrazioni criminali e appalti pubblici*..... 859

NICOLA POSTERARO, *Dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale: problemi e prospettive*893

LUCA GALLI, *La responsabilità amministrativa per incarichi extra officio dei docenti universitari*.....935

Opinioni

ALDO SANDULLI, *Il Codice dei contratti pubblici tra resistenze nazionali e spinte europee* 969

sommario

GIUSEPPE PIPERATA, <i>Le nuove coordinate organizzative per l'amministrazione locale "satellite" in forma privatistica</i>	975
JACOPO BERCELLI, <i>Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSP) come disciplina dell'attività amministrativa tramite società di capitali</i>	983
CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO, <i>Riflessioni giuridiche su difesa e valorizzazione del patrimonio culturale al tempo della globalizzazione</i>	993
NOTIZIE SUGLI AUTORI	1005
INDICE DELL'ANNATA	1007

TABLE OF CONTENTS
MUNUS 3/2019
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/3_2019

Editorial

ALDO SANDULLI, *What reforms for public administration?*..... v

Essays

THE WATER SERVICE BETWEEN PRESENT AND FUTURE

FEDERICO CAPORALE, *Public and private water services: critical points and perspectives* 747

GIORGIO MOCAVINI, *The three dimensions of the integrated water service tariff*.... 773

Articles

PUBLIC PROCUREMENT, BUT NOT FOR EVERYONE

ROCCO STEFFENONI, *The resistible rise of the antitrust offence as a cause of exclusion in the public procurement sector*..... 795

CECILIA SERENI LUCARELLI, *Exclusion of competitors not in compliance with the tax law and principle of proportionality* 827

PIETRO ZOLI, *Criminal Infiltration and Public Procurement* 859

NICOLA POSTERARO, *About the accessibility of disabled people to buildings of cultural interest: problems and perspectives* 893

LUCA GALLI, *The administrative liability for extra-officio assignments of university professors* 935

Opinions

ALDO SANDULLI, *The Code of Public Contracts between national resistance and European prompts*..... 969

sommario

GIUSEPPE PIPERATA, <i>The new organizational coordinates for the “satellite” local administration in private form</i>	975
JACOPO BERCELLI, <i>The consolidated act on public companies as a regulation of administrative activity through limited liability companies</i>	983
CHIARA ANTONIA D’ALESSANDRO, <i>Legal reflections on the defence and valori- sation of cultural heritage at the time of globalisation</i>	993
NEWS ABOUT THE AUTHORS.....	1005
ANNUAL INDEX.....	1007

EDITORIALE

ALDO SANDULLI

QUALI RIFORME PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE?

Nelle ricorrenti crisi che hanno caratterizzato l'avvio di millennio, la ricetta che costantemente è stata rinvenuta è la medesima: semplificare l'amministrazione italiana.

La *vulgata* è che tutti i mali del Paese vadano ascritti alla burocrazia dei vari livelli di governo (e, allo stesso modo, si ritiene che i problemi dell'Europa siano imputabili ai tecnici di Bruxelles).

Ora, il tema della buona amministrazione è certamente centrale e urgente nell'agenda politica nazionale. Bisogna però che la posologia per curare il male non conduca verso un effetto placebo.

L'esecutivo sta infatti lavorando a nuove misure normative di semplificazione amministrativa volte, tra l'altra, all'ennesima modifica della legge sul procedimento amministrativo. Se fosse così, si tratterebbe di un esercizio di *maquillage* che potremmo risparmiarci.

Sono trent'anni che si lavora su misure di semplificazione amministrativa sotto il profilo giuridico e la legge generale sul procedimento è stata modificata decine di volte. Ormai da questo frutto si è estratto tutto il succo possibile. Semmai potrebbe essere ancora utile lavorare sull'eliminazione di oneri amministrativi relativi a singole procedure settoriali (si v., in particolare, il rapporto Assonime, *Interventi di semplificazione e modernizzazione del sistema amministrativo per il rilancio dell'economia*, 17 giugno 2020, in particolare il punto 3).

Tra l'altro, bisogna fare attenzione a come si semplifica. L'estensione eccessiva delle misure di semplificazione amministrativa, sotto il profilo dell'ampiezza e dell'intensità, produce talvolta più guasti che benefici: se gli strumenti di semplificazione privano il cittadino di garanzie e certezze, occorre poi intervenire per correggere il tiro. In questi casi, c'è da chiedersi se non sia meglio conservare la condizione originaria e lavorare invece su altri fronti.

Provo a elencare un decalogo di temi su cui parrebbe necessario un intervento: alcuni tra essi non mi pare che siano attualmente al centro dell'agenda politica.

1. Bisognerebbe lavorare ulteriormente sull'organizzazione del lavoro delle pubbliche amministrazioni, sia in termini di flussi e processi sia in termini di risultati. Un diverso tipo di semplificazione, dunque, meno concentrato sui profili giuridici e più orientato alla scienza e all'economia delle amministrazioni.

2. Si dovrebbe affrontare il tema cruciale del rapporto tra politica e amministrazione. Tra vertice politico e dirigenti amministrativi si instaura un circuito patologico, in termini di scarsa capacità del dirigente di sottrarsi alla pressione della politica: il suo agire imparziale potrebbe mettere poi a repentaglio la conferma dell'incarico dirigenziale e, di conseguenza, il trattamento economico accessorio. Il circolo vizioso tra politica e amministrazione si avverte particolarmente nel settore – delicatissimo, come si è potuto apprezzare in questi mesi – della sanità: gli incarichi di direttore generale delle ASL e altri incarichi ospedalieri e universitari sono fortemente influenzati dallo stretto rapporto di fiduciarità.

3. Si dovrebbero ricostruire i corpi tecnici delle pubbliche amministrazioni. Tra fine Ottocento e primi del Novecento si era investito fortemente sui corpi tecnici: genio civile, sovrintendenze, ispettorati. I migliori ingegneri, architetti, storici dell'arte, lavoravano per le amministrazioni. Nel corso del Novecento e, in particolare, nell'ultimo quarto del secolo, questo patrimonio è stato smantellato. Il personale è assunto con competenze meramente economiche e giuridiche (pur importanti; ma esse, alle volte, dovrebbero essere complementari ad altri tipi di competenze). Ne è derivato che l'amministrazione deve costantemente mettersi nelle mani dei privati, senza essere in grado, spesso, neppure di capire se il prodotto che il privato propone sia all'altezza o di riuscire a dare indicazioni allo stesso in ordine alla direzione verso cui andare.

4. Importante è la riforma del codice dei contratti pubblici, stavolta sì in termini di semplificazione tenendo conto del divieto di *gold plating*. Bisognerà però rinvenire il corretto bilanciamento tra esigenze di efficienza e di garanzia e trasparenza, per procedere in avanzamento ed evitare il ritorno a patologie del passato (anche su questi punti, si v. il citato rapporto Assonime, in particolare il punto 2). Inoltre, anche qui, il problema è spesso legato alla carenza di competenze tecniche e progettuali adeguate all'interno delle amministrazioni: le patologie in sede di esecuzione derivano frequentemente da errori di valutazione in fase progettuale.

5. Si parla giustamente di digitalizzazione e dei fondamentali investimenti nelle infrastrutture digitali, su cui si è ancora molto indietro rispetto ad altri Paesi, anche europei. Bisognerebbe però, al contempo, assumere informatici nelle amministrazioni e formare il personale al fine di acquisire

quali riforme per la pubblica amministrazione?

competenze adeguate in materia. Occorre anche tenere conto che, durante la pandemia, molte amministrazioni sono state impossibilitate ad operare in *smart working* non tanto a causa delle carenze informatiche dei suoi dipendenti, quanto dell'impossibilità per gli stessi di poter accedere ai server e dell'assenza di percorsi idonei di interoperabilità. Ecco, quindi, che il tema della digitalizzazione è decisivo, ma richiede anche di identificare i problemi concreti, non soltanto di fare grossi investimenti finanziari e di realizzare infrastrutture.

6. Si discute molto di amministrazione difensiva e sarebbe effettivamente opportuno intervenire sull'abuso d'ufficio e sull'esimente della responsabilità erariale per colpa grave: su entrambi i fronti è intervenuto di recente il decreto-legge "semplificazioni per il sistema Italia". Opportuno però è, al contempo, stigmatizzare la non decisione e, cioè, la circostanza che il dirigente resti fermo e non opti per alcuna soluzione ovvero metta in atto una strategia dilatoria, volta a prendere tempo. Spesso la non decisione è dannosa quanto la decisione sbagliata.

7. Sotto il profilo normativo, molto ci sarebbe ancora da fare in termini di codificazione delle normative di settore. Intere materie sono caratterizzate da una normativa esondante e caotica: si pensi, ad esempio, alla legislazione scolastica oppure a quella universitaria. In altre materie che sono state invece, nel recente passato, oggetto di codificazione settoriale, ci si orienta in modo molto più efficace: si pensi alla materia dell'espropriazione per pubblica utilità o dei beni culturali. L'attività di codificazione, da alcuni anni, ha subito uno stop. E invece sarebbe molto proficuo proseguire in questa direzione (oltre che nella direzione della buona redazione delle norme: comprendere il contenuto di una modifica normativa è divenuto, ormai, lavoro da alchimisti).

8. Ci sarebbe poi da intervenire sui tempi della giustizia (soprattutto dei processi civile e penale) nelle controversie con le pubbliche amministrazioni. Mentre il processo amministrativo funziona e garantisce tempi rapidi di conclusione delle controversie, il processo civile ha tempi biblici. Perché imprese straniere dovrebbero investire nel nostro Paese sapendo che, in caso di controversia innanzi al giudice ordinario, la durata del processo potrà essere misurata, probabilmente, in decenni di attesa? Un problema correlato è quello dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Le riforme normative degli ultimi anni hanno certamente migliorato la situazione, ma non è stato del tutto risolto il problema dei ritardi nei pagamenti. Perché un'impresa dovrebbe aspirare a ottenere commesse dalle amministrazioni pubbliche, sapendo poi di doversi sottoporre a un percorso tormentato per ottenere ciò che le spetta di diritto?

9. Sul tema del reclutamento e la formazione del personale delle pubbliche amministrazioni, Bernardo G. Mattarella ha già segnalato qualche giorno fa una soluzione che condivido. Occorre investire sulla Scuola Nazionale dell'Amministrazione e assumere con costanza e in modo centralizzato (B.G. Mattarella, *Reclutare continuamente e in maniera centralizzata. Ecco come modernizzare i concorsi pubblici*, in *LUISS Open*, 11 giugno 2020).

10. Più di tutto, c'è da lavorare sulla valorizzazione del prestigio sociale del pubblico dipendente e, in particolare, di talune categorie di dipendenti. Tra fine Ottocento e primi del Novecento e fino al secondo dopoguerra, lo *status* sociale dell'insegnante di scuola o del medico condotto era altissimo nella comunità locale. Tradizionalmente, il trattamento economico del dipendente pubblico non è mai stato elevato, ma vi erano altre ragioni – di riconoscimento sociale, per l'appunto – che facevano sì che lavorare per finalità pubbliche, per il perseguimento di interessi generali della comunità, per il benessere delle future generazioni fosse considerato gratificante. Oggi non è più così: bisognerebbe operare, sotto questo profilo, per un ritorno alle origini.

Insomma, una riforma dell'amministrazione pare necessaria e impro-rogabile, al fine di poter affrontare la grave crisi economico-finanziaria: bisogna, però, che si tratti di una riforma di sostanza, e destinata a produrre effetti di medio-lungo periodo.

PUBBLICO E PRIVATO NEI SERVIZI IDRICI: SNODI CRITICI E PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Pubblico e privato nei servizi idrici. – 2. Il “pubblico” nei servizi idrici. – 3. Il “privato” nei servizi idrici. – 4. Il rapporto d’utenza tra “pubblico” e “privato”. – 5. Problemi e prospettive del rapporto pubblico-privato nei servizi idrici.

1. Pubblico e privato nei servizi idrici

La sinergia tra pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici – e dei servizi idrici in particolare, dato il carattere fondamentale dell’acqua per la vita umana – è un tema particolarmente delicato, che spesso è stato affrontato, anche in sede scientifica, in chiave politica o alla luce di (pur comprensibili) prese di posizione ideologiche.

Nel settore in esame, dato lo stato in cui si trova la rete infrastrutturale¹, il rapporto pubblico-privato è un’opzione inevitabile.

¹ La situazione degli acquedotti è quella più nota: a livello nazionale, il quarantadue per cento delle acque immesse nella rete si disperde (in questa quota, vanno considerate anche le connessioni abusive); il quattro per cento non rispetta le condizioni di potabilità; l’otto per cento delle condotte è in amianto; più di un terzo ha tra i trenta e i cinquanta anni e oltre un quarto oltre i cinquanta; mancano informazioni precise su buona parte della rete. Si registra una grande difformità territoriale: specialmente al Sud, il problema principale è rappresentato dalle perdite e dalle interruzioni del servizio (in media, le ore di interruzione del servizio, sommate, sono pari a un giorno ogni due mesi, mentre al Nord raggiungono appena un’ora all’anno); invece, al Nord il problema è la potabilità. I servizi di fognatura e depurazione sono in condizione forse ancora più precarie: un terzo degli impianti di fognatura smaltisce solo acque nere; solo il sette per cento è dotato di un sistema separato per la raccolta delle acque meteoriche; la rete è vecchia e le rotture frequenti (si registrano, in media, undici rotture ogni cento chilometri di rete, con punte nettamente superiori nelle regioni meridionali); il ventitré per cento della rete non è conforme alle prescrizioni normative per i livelli di piena (al Sud, addirittura il quarantacinque per cento). Più della metà dei depuratori consentono solo i livelli primari di trattamento; solo l’undici per cento usa le tecnologie più moderne. Non a caso, le attività di depurazione sono state oggetto di diverse procedure di infrazione della Commissione Europea, che hanno

Per risolvere l'emergenza, sono necessari ingenti investimenti pubblici e privati², sia straordinari che provenienti dalla tariffazione, per la sostituzione e l'ammodernamento degli impianti e, per evitare che questa situazione possa ripetersi, va introdotto l'obbligo, per le amministrazioni e i gestori, di pianificare interventi di manutenzione ordinaria: solo così, infatti, può darsi attuazione al principio di utilizzo dell'acqua secondo criteri di solidarietà e salvaguardia delle aspettative e dei diritti delle generazioni future (di cui all'art. 144, c. 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), che, sino ad ora, è restato lettera morta nella prestazione dei servizi idrici.

Eppure, il dibattito sul rapporto pubblico-privato in questo particolare servizio pubblico si è atrofizzato intorno a letture radicali e semplificate, focalizzate esclusivamente sulla natura soggettiva del gestore, che hanno restituito una visione monodimensionale, inadeguata alla complessità del settore.

Sgombrato il campo dalle ipostatizzazioni (secondo cui la gestione pubblica sarebbe necessariamente meno efficiente di quella privata e, all'opposto, la gestione privata sarebbe incompatibile con il diritto fondamentale all'acqua e con la natura essenziale della risorsa idrica³), il rapporto pubblico-privato presenta molti snodi critici.

In questo saggio, ci si soffermerà su cosa voglia dire "pubblico" e cosa voglia dire "privato" nel settore in esame e sugli effetti di questo rapporto per gli utenti del servizio.

La questione, a prima vista banale, in realtà è molto articolata perché le amministrazioni coinvolte nell'organizzazione e nella regolazione dei servizi idrici sono molte, la nozione di "privato" si presta a diverse interpretazioni e

riguardato quasi un migliaio di comuni sparsi su tutto il territorio nazionale, perché il livello delle prestazioni erogate non rispetta gli standard ambientali europei (cfr. C. giust. UE, 19 luglio 2012, *Commissione europea contro Italia*, C-565/10; C. giust. UE, 10 aprile 2014, *Commissione europea contro Italia*, C-85/13; Commissione europea, Procedura di infrazione 2014/2059, C(2014) 1851 final del 28 marzo 2014). Questi e altri dati sono pubblicati in Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta. 31 marzo 2016*, I, Milano, AEEGSI, 2016, 241 e in Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, *Relazione annuale. Stato dei servizi. 31 marzo 2019*, I, Milano, ARERA, 2019, 313 ss.

² Sul rapporto tra investimenti pubblici e privati, mi sia consentito rinviare a F. Caporale, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, Milano, FrancoAngeli, 2017, 449 ss.

³ Quanto all'indifferenza, dal punto di vista dell'efficienza, tra gestori pubblici e privati, cfr. A. Massarutto, *Privati dell'acqua? Tra bene comune e mercato*, Bologna, il Mulino, 2011, 208 ss., secondo cui la domanda se sia meglio una gestione pubblica o privata è addirittura «senza senso» (233); quanto alla compatibilità tra gestione privata, diritto fondamentale all'acqua e natura essenziale della risorsa idrica, cfr. T.E. Frosini, *Dare un diritto agli assetati*, in *An. giur. ec.*, 2010, 29 ss.

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

la collocazione degli utenti – nel dibattito pubblico, nella coscienza collettiva e nella disciplina giuridica – oscilla tra pubblico e privato.

Prima di proseguire in questa analisi, occorre osservare che il rapporto pubblico-privato riguarda solamente la gestione del servizio idrico. Invece, le funzioni di organizzazione (intesa come individuazione degli obiettivi sociali e ambientali del servizio) e di regolazione (intesa come individuazione delle regole che consentono all'operatore di raggiungere gli obiettivi sociali e ambientali del servizio alle condizioni economicamente più convenienti) devono restare appannaggio esclusivo del settore pubblico⁴.

Anzi, nel momento in cui la gestione del servizio viene affidata a soggetti privati, i poteri di organizzazione, regolazione e controllo diventano dirimenti per la qualità della prestazione e, più in generale, per garantire l'essenza ontologica del servizio pubblico (almeno nella sua accezione oggettiva)⁵.

Inoltre, va ricordato che, per limitare il rischio che l'affidamento del servizio a privati si trasformi nel controllo della risorsa idrica⁶, si devono accettare delle disposizioni poco funzionali per il mercato del credito, poste a presidio della specificità delle risorse idriche⁷ (così si spiega, ad esempio, il regime particolarmente pubblicistico delle infrastrutture⁸).

⁴ Con un'unica eccezione, nel caso della regolazione, rappresentata dalle carte dei servizi, che sono pubblicate direttamente dai gestori, per quanto all'interno di un quadro di progressiva pubblicizzazione. Sulle carte del servizio, in generale, cfr. G. Vesperini e S. Battini, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, Maggioli, 1997 e, nel servizio idrico, F. Caporale, *I servizi idrici*, cit., 317 ss.

⁵ La centralità di programmi e controlli, in caso di trasferimento al privato della gestione, è segnalata già da U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, 459 ss.

⁶ Su questo aspetto, cfr. S. Marotta, *Le forme dell'acqua. Economia e politiche del diritto nella gestione dei servizi idrici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

⁷ Per una ricostruzione degli effetti che il regime di proprietà della rete ha sugli investimenti, cfr. V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione. Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, a cura di A. Police, Milano, Giuffrè, 2008, 459 ss.; M. Dugato, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 519 ss. e, specificamente sul servizio idrico, A. Altieri, *Il servizio idrico integrato e il regime giuridico delle reti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 835 ss. e R. Micalizzi, *Le infrastrutture idriche e il loro finanziamento: problemi e prospettive de iure condito*, in *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, a cura di M. Andreis, Torino, Giappichelli, 2015, 171 ss.

⁸ Cfr. art. 143, d.lgs. n. 152/2006.

2. Il “pubblico” nei servizi idrici

Il polo “pubblico” del rapporto pubblico-privato, nei servizi idrici, è tutt’altro che semplice da individuare.

Accanto agli enti di governo d’ambito e all’Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (d’ora in avanti ARERA), che recitano il ruolo principale, una pleora di altre amministrazioni partecipano al governo dei servizi idrici, con le funzioni più disparate: il Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare (MATM), le regioni, i comuni, le autorità di bacino distrettuali.

Il numero, la commistione di livelli di governo differenti e la sovrapposizione di funzioni rendono il sistema istituzionale abbastanza confuso.

Il MATM ha compiti di coordinamento; individua obiettivi generali e priorità di intervento; fissa gli standard di qualità dell’acqua, anche con riferimento al servizio idrico integrato; definisce criteri e indirizzi per il risparmio idrico, l’efficienza nell’uso della risorsa e il riutilizzo delle acque; stabilisce i criteri per la determinazione del costo ambientale della tariffa idrica per i vari settori d’impiego dell’acqua e della copertura di alcuni costi per i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e di separazione a usi misti civili e industriali⁹.

Le regioni delimitano gli ambiti territoriali ottimali e istituiscono i relativi enti di governo (stabilendone anche l’organizzazione interna); esercitano i poteri sostitutivi sugli enti locali che non aderiscono agli enti di governo d’ambito e sugli enti di governo che non esercitano i poteri di controllo e sanzione¹⁰; devono essere sentite in occasione della determinazione dei livelli minimi di qualità del servizio e, d’intesa con l’ARERA, possono istituire iniziative a tutela degli interessi degli utenti¹¹.

L’ARERA è titolare, a livello nazionale¹², delle principali funzioni di regolazione¹³, di controllo (delle società affidatarie e degli enti d’ambito)¹⁴,

⁹ Cfr. art. 1, d.P.C.M. 20 luglio 2012.

¹⁰ Cfr. artt. 147 e 152, c. 3, d.lgs. n. 152/2006.

¹¹ Cfr. art. 10, c. 14, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, e art. 3, c. 1, lett. o), d.P.C.M. 20 luglio 2012.

¹² Questi poteri sono previsti dall’art. 10, c. 14, d.l. n. 70/2011 e dall’art. 3, d.P.C.M. 20 luglio 2012.

¹³ In particolare, definisce i livelli minimi di qualità del servizio; predisporre le convenzioni tipo; determina la formula tariffaria e le singole componenti di costo; stabilisce i criteri per la trasparenza della contabilità delle gestioni; definisce i criteri per la *yardstick competition*; approva le tariffe e i piani d’ambito.

¹⁴ In particolare, vigila sulle modalità di erogazione del servizio; verifica la correttezza dei piani d’ambito predisposti dagli enti di governo, potendo proporre delle modifiche, a

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

di sanzione (anche in questo caso, sia delle società affidatarie che degli enti d'ambito)¹⁵, di indirizzo¹⁶; ha, inoltre, importanti poteri sostitutivi nei confronti degli enti d'ambito in materia tariffaria¹⁷.

Gli enti di governo d'ambito detengono i poteri di organizzazione, regolazione e controllo del servizio a livello locale: predispongono il piano d'ambito, determinano le tariffe, deliberano la forma di gestione, provvedono all'affidamento del servizio, predispongono e sottoscrivono la convenzione di gestione con la società affidataria, approvano i lavori sulla rete infrastrutturale, sanzionano i gestori che non rispettano gli obblighi di servizio¹⁸.

Ai comuni, invece, restano molte responsabilità politiche (è a loro che i cittadini ascrivono disservizi e inefficienze), ma pochi poteri concreti: partecipano agli enti di governo d'ambito, nelle forme stabilite da ciascuna legge istitutiva, ma, specie quelli più piccoli, non hanno alcuna possibilità di incidere nelle decisioni più importanti¹⁹; realizzano le opere necessarie per l'adeguamento del servizio idrico alla propria rete e alla propria situazione urbanistica²⁰.

Anche le autorità di bacino distrettuali, essendo deputate al governo della risorsa idrica, possono toccare alcuni aspetti dell'organizzazione del servizio idrico, in particolare durante la redazione del piano di bacino, quando provvedono alla programmazione e utilizzazione delle risorse idriche, individuano le opere idrauliche necessarie e stabiliscono le priorità degli interventi infrastrutturali²¹.

Da questa pur rapida rassegna, emergono intersezioni (tra autorità deputate al controllo della risorsa e alla gestione del servizio²²), sovrapposizio-

pena di inefficacia; effettua un'attività di raccolta, elaborazione e restituzione di dati statistici e conoscitivi.

¹⁵ In particolare, può irrogare sanzioni a carico dei gestori e degli enti d'ambito in caso di violazione dei propri provvedimenti; può proporre agli enti d'ambito anche la sospensione o la decadenza della concessione; fissa indennizzi automatici in caso di disservizi e prevede altri meccanismi di tutela dei diritti degli utenti.

¹⁶ In particolare, può formulare pareri su richiesta delle altre amministrazioni e proposte di revisione della disciplina vigente; prepara una relazione annuale sull'attività svolta.

¹⁷ In particolare, si può sostituire nell'adozione dei provvedimenti tariffari.

¹⁸ Cfr. artt. 149, 149-bis, 151, 152, 154, 158-bis, d.lgs. n. 152/2006.

¹⁹ In proposito, cfr. M. De Benedetto, *Gli ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeeqsi*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017. Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, a cura di L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, il Mulino, 2017, 131 ss.

²⁰ Cfr. art. 157, d.lgs. n. 152/2006.

²¹ Cfr. art. 65, d.lgs. n. 152/2006.

²² Ad esempio, le valutazioni contenute, nei piani di bacino, sull'assetto del servizio idrico.

ni di funzioni (nella determinazione delle tariffe; nella redazione dei piani d'ambito; nell'esercizio dei poteri di controllo e di sanzione; nell'individuazione degli standard di qualità del servizio²³) e occasioni di conflitto (tra ARERA ed enti d'ambito, nella determinazione della tariffa e nell'approvazione del piano d'ambito; tra ARERA, enti d'ambito, regioni e comuni, nell'utilizzo dei poteri sostitutivi; tra enti d'ambito, regioni e comuni, nell'adesione obbligatoria dei comuni agli enti d'ambito; tra comuni, nelle scelte organizzative degli enti d'ambito).

Le funzioni di queste amministrazioni sono divergenti e spesso in contrasto: il Ministero e le autorità di bacino privilegiano la tutela dell'ambiente; l'ARERA, la tutela degli utenti, la sostenibilità ambientale, gli investimenti e l'efficienza economica; le regioni, la tutela dei corpi idrici e dei diritti degli utenti; gli enti d'ambito, l'economicità della gestione e il contenimento delle tariffe; i comuni, la qualità del servizio e il contenimento delle tariffe.

A complicare ulteriormente la situazione, concorre il disallineamento tra ripartizioni politico-amministrative, istituzioni deputate al governo della risorsa idrica e istituzioni cui compete l'organizzazione del servizio idrico²⁴.

Ne deriva una forte conflittualità, sfociata in un consistente contenzioso che ha impegnato i giudici amministrativi e che ha visto contrapporsi l'ARERA agli enti d'ambito, gli enti d'ambito ai comuni, le regioni ai comuni: il sistema istituzionale nel suo complesso ha perso di credibilità agli occhi delle imprese private e dei cittadini²⁵.

In conclusione, il polo pubblico è caratterizzato da una notevole incertezza funzionale e restituisce un'immagine poco nitida, che non riflette un obiettivo e un'impostazione comuni e manca di coordinamento: vi sono, invece, tante amministrazioni-monadi che agiscono autonomamente.

Di conseguenza, il quadro organizzativo e regolatorio non è sempre coerente (e la regolazione è fondamentale per l'efficienza dei gestori pubblici e privati); molti privati evitano di investire nei servizi idrici, perché la

²³ Alcune sono inevitabili, come quelle tra ARERA ed enti d'ambito in materia di piano d'ambito o determinazioni tariffarie. Infatti la natura ibrida di questi atti, al crocevia tra regolazione e organizzazione impone ad entrambe le amministrazioni di avere voce in capitolo. In questi casi, l'ARERA ha cercato di utilizzare tecniche regolatorie rispettose delle prerogative degli enti locali (ad esempio con l'adozione di schemi regolatori per la determinazione delle tariffe).

²⁴ In proposito, mi sia consentito rinviare ancora a F. Caporale, *I servizi idrici*, cit., 393 ss. Ognuna di queste amministrazioni, infatti, tutela interessi diversi, che hanno una conformazione geografica differente. Il conflitto si avverte non solo nel caso in cui i servizi idrici richiedano il trasferimento di acqua tra regioni e distretti idrografici diversi, ma anche all'interno della stessa regione e dello stesso distretto idrografico.

²⁵ Cfr. ad esempio, TAR Molise, sez. I, 24 gennaio 2019, n. 29; Cons. St., sez. IV, 9 ottobre 2018, n. 5813, che conferma TAR Toscana, sez. II, 4 marzo 2016, n. 389.

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

scarsa qualità delle regole, la conflittualità e l'incertezza del contesto regolatorio costituiscono un rilevante costo per le imprese²⁶; le società affidatarie (pubbliche e private) possono approfittare delle fragilità del sistema per incamerare degli extraprofiti.

Gli utenti patiscono le principali conseguenze negative della debolezza del sistema istituzionale: i controlli sono meno penetranti; la prestazione del servizio diventa meno efficace ed efficiente e, a parità di costi, qualitativamente peggiore e meno regolare.

Vi sono, poi, ulteriori fattori di debolezza.

Innanzitutto, la flessibilità organizzativa riconosciuta agli enti d'ambito (necessaria per adattarsi alle specificità locali²⁷) ha favorito l'emersione di una congerie di modelli. Si è riproposta una disomogeneità organizzativa, già tipica del settore prima della legge Galli²⁸, che ha complicato il compito dell'ARERA, trovatasi di fronte all'impresa di adottare un unico quadro regolatorio per situazioni locali molto diverse tra loro.

Inoltre, a venticinque anni dalla sua approvazione, il sistema istituzionale previsto dalla legge Galli non è stato ancora del tutto attuato: non tutti gli enti d'ambito sono operativi; molti comuni cercano di salvaguardare le proprie gestioni autonome (proprio per la frattura tra poteri e responsabilità, di cui si è detto); l'integrazione tra attività di acquedotto, depurazione e fognatura è scarsa; molti piani d'ambito non sono aggiornati²⁹.

In generale, sembra, da un lato, che la trasformazione non sia stata ancora del tutto assorbita dal sistema istituzionale (si pensi alla proposta di restituire le funzioni regolatorie al MATM³⁰) e, dall'altro, che il problema organizzativo sia ancora rimosso dal legislatore, se si considera che le riforme dei soggetti deputati allo svolgimento delle funzioni principali (l'ARERA e gli enti d'ambito) sono scaturite da esigenze di contenimento della spesa

²⁶ In proposito, cfr. L. Anwandter e P. Rubino, *Rischi, incertezze e conflitti d'interesse nel settore idrico italiano: analisi e proposte di riforma*, Materiali Uval n. 10/2006.

²⁷ Cfr. M.S. Giannini, *Le finalità della legge*, in *La nuova legge sulle risorse idriche: legge 5 gennaio 1994, n. 36*, a cura di C. Greco e U. Mastelloni, Roma, IRSI, 1994, 13 ss. e G. Caia, *Organizzazione territoriale e gestione del servizio idrico integrato*, in *N. rass. ldg.*, 1996, 747 ss.

²⁸ Su cui, cfr. A. Massarutto, *Economia del ciclo dell'acqua. Regolamentazione ambientale ed economica nei servizi pubblici*, Milano, FrancoAngeli, 1993.

²⁹ Cfr. ReOPEN SPL, *Geografia organizzativa, istituzionale e gestionale del servizio idrico integrato*, Roma, Invitalia, 2019 e Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta. 31 marzo 2015*, I, Milano, AEEGSI, 2015, 218 ss. Sull'impatto e sullo stato di attuazione della legge Galli, cfr. anche *La riforma della regolazione dei servizi idrici in Italia. L'impatto della riforma: 1994-2011*, a cura di A. Massarutto, Milano, IEFER Research Report n. 9, 2012.

³⁰ Cfr. il disegno di legge Daga, presentato nel 2018 (atto Camera n. 52).

pubblica e non da valutazioni di ampio respiro sull'assetto istituzionale del servizio idrico³¹.

Ne deriva una certa instabilità del sistema “pubblico”, che non fa bene al rapporto pubblico-privato, né dal punto di vista della qualità dei poteri di controllo esercitati dalle amministrazioni né da quello della prevedibilità della regolazione per cittadini e imprese private.

3. Il “privato” nei servizi idrici

Dal lato soggettivo, il polo “privato” del rapporto pubblico-privato è altrettanto indefinito e coesistono tendenze alla privatizzazione formale e sostanziale della gestione del servizio.

Con la prima espressione, si fa riferimento all'utilizzo di strumenti di diritto privato da parte di pubbliche amministrazioni (ad esempio, la costituzione di società per azioni): in questi casi, la gestione del servizio rimane integralmente in mano pubblica (perché le quote societarie sono detenute esclusivamente o quasi dalle amministrazioni³²), ma l'attività è svolta utilizzando moduli organizzativi di diritto privato.

Con la seconda, si fa riferimento ai casi in cui la gestione del servizio è affidata a soggetti privati: l'esternalizzazione può essere integrale (se il servizio è affidato mediante gara pubblica) o parziale (se vengono costituite delle società miste, in cui al socio privato, però, devono essere affidati tutti i compiti operativi).

Dunque, il tema è quello della natura soggettiva del gestore che, come ricordato nel primo paragrafo, ha sempre catturato quasi totalmente l'attenzione del legislatore e del dibattito pubblico.

In un crescendo imponente, dalla legge Galli sino al referendum del 2011, la riorganizzazione in chiave ““industriale””³³ del servizio idrico è

³¹ Gli enti di governo d'ambito traevano origine dall'art. 1, c. 1-*quinquies*, d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, in una norma rubricata «Interventi urgenti sul contenimento delle spese negli enti locali»; le funzioni di regolazione sono state trasferite all'ARERA dall'art. 21, c. 19, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, un provvedimento intitolato «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici» e, più precisamente, all'interno del capo «Riduzioni di spesa. Costi degli apparati».

³² Cfr. art. 16, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, secondo cui l'affidamento *in house* del servizio è possibile anche a beneficio di società pubbliche partecipate da capitali privati, purché tale partecipazione sia «prescritta da norme di legge e [...] avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata». Peraltro, questa disposizione non ha ancora trovato attuazione.

³³ L'aggettivo industriale è utilizzato proprio da G. Galli, *Introduzione*, in *La nuova legge*

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

stata tradotta dapprima nella marginalizzazione dei modelli pubblicistici di gestione (con il divieto del ricorso all'azienda speciale³⁴) e, quindi, della gestione pubblica *tout court*, anche svolta mediante strumenti privatistici (con la limitazione del ricorso all'*in house* e l'obbligo di affidare il servizio mediante gara pubblica o società mista³⁵).

Il referendum del 2011 ha rallentato (ma non interrotto) questo flusso e attualmente si registrano due tendenze.

In primo luogo, sono stati reintrodotti limiti (ignoti al diritto europeo³⁶) ai modelli di gestione pubblicistici (le aziende speciali³⁷), per effetto

sulle risorse idriche, cit., specie 31.

³⁴ Cfr. art. 35, c. 1 (sottonumero 5) e 5, l. 28 dicembre 2001, n. 448. Inizialmente, questa previsione valeva solo per i servizi idrici (mentre per gli altri servizi pubblici era previsto il regime, molto più severo, dell'obbligo dell'affidamento a privati mediante gara pubblica). Nel 2003, però, divenne modello generale, venendo presa a riferimento per le nuove norme sull'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica (cfr. art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269).

³⁵ Un percorso che era stato avviato da una circolare del 2004 del MATM, che rilevava come l'affidamento *in house*, per il servizio idrico, si dovesse intendere come un'ipotesi «strettamente residuale» che «trova[va] la propria giustificazione [...] una motivata e comprovata ragione di interesse pubblico che obiettivamente esclud[esse] la possibilità di ricorrere alla gara» (cfr. MATM, circolare 6 dicembre 2004, *Affidamento in house del servizio idrico integrato*) e che è poi deflagrato nelle riforme del 2008-2009 (cfr. art. 23-bis, c. 2 e 3, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, come modificato dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 e dall'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135).

³⁶ In proposito, cfr. G. Marcou, *La gestione dei servizi pubblici attraverso enti di diritto pubblico nel quadro normativo europeo*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, 45 ss. Diversi affidamenti *in house* in favore di enti strumentali privi di forma societaria sono stati ritenuti compatibili con il diritto europeo (cfr. C. giust. CE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contro Commune d'Ucle e Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07; C. giust. CE, 9 giugno 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, C-480/06) e, anzi, in alcuni casi, le forme di gestione pubblicistiche – aziende speciali o cooperazioni comunali – sembrano essere maggiormente rispondenti (rispetto al modello societario) alle condizioni dell'affidamento *in house*, poiché, escludendo la possibilità di ingresso di capitale privato, sono più idonee a salvaguardare il principio della parità di trattamento degli interessati e a evitare che si configurino situazioni di vantaggio per alcuni operatori commerciali, oltre a garantire un controllo maggiore da parte degli enti locali (cfr. C. giust. CE, 6 aprile 2006, *ANAV contro Comune di Bari*, C-410/04; C. giust. CE, 13 ottobre 2005, *Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03; C. giust. CE, 11 maggio 2006, *Carbotermo Spa e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP Spa*, C-340/04; C. giust. CE, 10 settembre 2009, *Sea srl contro Comune di Ponte Nossia*, C-573/07).

³⁷ Cfr. art. 149-bis, d.lgs. n. 152/2006, nella parte in cui dispone che «l'affidamento diretto p[ossa] avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale», introdotta con l'art. 1, c. 615, l. 23 dicembre

di un'interpretazione restrittiva del referendum, indirettamente avallata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale³⁸. Si tratta di un divieto di nuovi affidamenti, che non incide sulle gestioni in essere (tanto più ora che la disciplina delle aziende speciali è stata informata ai principi di contenimento della spesa pubblica³⁹).

In secondo luogo, sono state introdotte alcune disposizioni che dovrebbero dissuadere le pubbliche amministrazioni dal ricorso all'*in house providing*, prevedendo degli obblighi particolari e incidendo sul bilancio attuale e futuro dell'ente affidante⁴⁰.

Innanzitutto, per poter affidare *in house* il servizio, l'amministrazione deve essere iscritta in un apposito elenco, istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)⁴¹; deve effettuare una «valutazione sulla congruità

2014, n. 190. In realtà, anche prima di questo provvedimento erano stati sollevati dei dubbi circa la possibilità di affidare il servizio alle aziende speciali (cfr. G. Caia, *Finalità e problemi dell'affidamento del Servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, 663 ss. e, in senso opposto, A. Pioggia, *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 86 ss.). Sulla trasformazione da società per azioni in aziende speciali, cfr. *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della Società per azioni in Azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, a cura di A. Lucarelli, Torino, Giappichelli, 2014.

³⁸ In proposito, mi sia consentito rinviare ancora a F. Caporale, *I servizi idrici*, cit., 249, nt. 154.

³⁹ L'azienda speciale è ora tenuta a informare la propria attività a criteri di economicità, efficienza ed efficacia; ha l'obbligo di perseguire il pareggio di bilancio, mediante equilibrio dei costi e dei ricavi; è assoggettata al rispetto del patto di stabilità. In proposito, cfr. G. Caia, *I modelli di gestione del servizio idrico integrato e i rapporti con l'Ente di governo d'ambito*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017*, cit., 159 ss., specie 166 ss. La previsione si presta a una lettura in chiaroscuro, come sottolinea A. Massarutto, *Privati dell'acqua*, cit., 213.

⁴⁰ Anche in questo caso si è andati al di là dei principi del diritto europeo, tanto che la giurisprudenza amministrativa nazionale ha dubitato della compatibilità di queste disposizioni con la disciplina europea rinviandole sia alla Corte costituzionale che alla Corte di giustizia europea (cfr., in particolare, TAR Liguria, sez. II, ord. 15 novembre 2018, n. 886, con cui è stato sollevato un dubbio di legittimità costituzionale della disposizione per eccesso di delega, proprio sulla base della piena equiordinazione, nel diritto europeo, tra modelli di gestione e Cons. St., sez. V, ord. 7 gennaio 2019, n. 138, con cui è stato disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ritenendo le disposizioni del diritto interno che subordinano gli affidamenti *in house* a condizioni aggravate e a motivazioni rafforzate rispetto alle altre modalità di affidamento incompatibili con le disposizioni e i principi del diritto europeo). Entrambe le corti hanno riconosciuto la legittimità delle disposizioni, affermando che gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità nel disporre condizioni ulteriori all'affidamento della gestione di servizi, purché queste ultime derivino da disposizioni accessibili, precise e prevedibili (cfr. C. giust. Ue, 3 ottobre 2019, C-285/18, *Kauno miesto*, § 38 ss.); C. giust. Ue, 6 febbraio 2020, C-89/19-C-91/19, *Rieco SpA*; C. cost., 27 maggio 2020, n. 100).

⁴¹ Cfr. art. 192, c. 1, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, e ANAC, *Linee guida n. 7. Istituzione dell'e-*

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

economica dell'offerta dei soggetti *in house*», che illustra le ragioni del mancato ricorso al mercato e i benefici che la gestione diretta può portare alla collettività in termini di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, di ottimale impiego delle risorse pubbliche⁴²; deve accantonare contestualmente all'affidamento una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio⁴³.

Infine, l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici è tra i criteri di valutazione della virtuosità degli enti locali ai fini del rispetto del patto di stabilità⁴⁴, da cui dipende l'ammontare dei trasferimenti statali.

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. 18 aprile 2016, n. 50. Si può esprimere qualche riserva sul fatto che questo elenco sia stato istituito presso l'ANAC e non presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), già titolare di altri poteri di controllo sugli affidamenti *in house*. L'istituzione presso l'ANAC trasforma la funzione di questo elenco, finendo per privilegiare il contrasto alla corruzione e l'ottimale impiego delle risorse pubbliche rispetto all'efficienza, all'efficacia e all'economicità dell'azione amministrativa e alla tutela della concorrenza, che pure sembrano gli aspetti da tenere in maggiore considerazione nel caso di affidamenti *in house*.

⁴² Cfr. art. 192, c. 2, d.lgs. n. 56/2017. Il controllo giurisdizionale, almeno fino ad ora, è stato abbastanza equilibrato: il giudice, pur affermando che le argomentazioni dell'amministrazione affidante devono essere abbastanza dettagliate, non ha effettuato una verifica di ragionevolezza tecnico-scientifica, ma si è limitato a rilevare solo vizi macroscopici desumibili dalla motivazione. Questo stempera, almeno parzialmente, l'effetto vincolante di queste disposizioni sull'autonomia decisionale dell'ente aggiudicante (cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 1 marzo 2017, n. 164, confermata da Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902; TAR Marche, sez. I, 28 maggio 2019, nn. 367 e 368; Cons. St., sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444).

⁴³ Cfr. art. 3-bis, c. 1, d.l. 13 agosto 2011, n. 138. Disposizione, questa, che, quand'anche fosse dovuta al nobile intento di assicurare la continuità del servizio pubblico in caso di fallimento delle società *in house*, non considera le attuali difficoltà economiche in cui versano molti enti locali e pone un ostacolo di ordine pratico difficilmente superabile. La fallibilità delle società *in house*, dopo molte incertezze (sulle quali cfr. M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2013, 505 ss., specie 509 ss.), è stata sostenuta da un'ampia giurisprudenza (cfr. Cass., sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991 e Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209) ed è ora confermata dall'art. 14, d.lgs. n. 175/2016. Per un'analisi dei dubbi restanti, cfr. U. Minneci, *Fallibilità delle società a partecipazione pubblica, in I servizi pubblici. Vecchi problemi e nuove regole*, a cura di L. Ammannati e R. Cafari Panico, Torino, Giappichelli, 2018, 87 ss. e E. Sciarra, *Le società pubbliche e le crisi d'impresa: caratteri, limiti e incertezze di una riforma provvisoria*, in *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, a cura di R. Miccù, Napoli, Jovene, 2019, 476 ss.

⁴⁴ Cfr. art. 3-bis, c. 3, d.l. n. 138/2011. Al contrario, l'assegnazione prioritaria di eventuali finanziamenti pubblici relativi ai servizi pubblici locali ai gestori selezionati tramite gara ad evidenza pubblica (di cui all'art. 3-bis, c. 4, d.l. n. 138/2011), per quanto manifesti

Queste previsioni sono espressione di un'equivalenza tra concorrenza "per il mercato" ed efficienza operativa⁴⁵, frutto di una presa di posizione ideologica e non di un'analisi consapevole dei problemi che l'*in house* pone⁴⁶ e che dimentica che l'efficienza, in condizioni di monopolio naturale, dipende principalmente dalla regolazione⁴⁷.

Questa impostazione, ormai estesa anche al contenimento della spesa pubblica, è stata assorbita da tempo anche dalla Corte costituzionale⁴⁸, che, di recente, ha ammesso espressamente che l'affidamento dei servizi pubblici locali tramite gare dovrebbe comportare una maggiore efficienza nella gestione e che, da qui, dovrebbe discendere un risparmio nella spesa pubblica⁴⁹.

Tuttavia, in questo modo non sono stati affrontati gli aspetti realmente problematici dell'*in house*, che incidono direttamente sull'adeguatezza fun-

una preferenza per questo modello di gestione, non necessariamente ha conseguenze sull'*in house*, perché equipara all'affidamento tramite gara i gestori che hanno deliberato operazioni di aggregazione societaria o che sono stati considerati efficienti dall'Autorità di regolazione competente o dall'ente di governo dell'ambito.

⁴⁵ Emerge, in particolare, dalla disposizione in cui si richiede all'ente aggiudicatore di spiegare perché non si è fatto ricorso al mercato e perché la gestione pubblica dovrebbe essere più efficace in termini sociali, più efficiente dal punto di vista operativo e più conveniente per il bilancio pubblico rispetto agli altri modelli di gestione.

⁴⁶ Si veda la ricostruzione di M. Libertini, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Mon. cred.*, 2015, 365 ss., specie 379, che rileva come «l'ordinamento italiano si [sia] posto, almeno a livello di enunciati normativi, in una posizione estrema di accettazione dell'ideologia del libero mercato. Queste scelte legislative sono state, a loro volta, pienamente legittimate dalla Corte costituzionale (quella stessa Corte che, ancora nel 1982, dichiarava che il principio di tutela della concorrenza fra imprese era sconosciuto alla Costituzione italiana). Può dirsi dunque che il "filo rosso" che lega la giurisprudenza costituzionale del prima e del dopo la "rivoluzione liberistica" è la deferenza alle scelte politiche del legislatore, più che la chiara adesione di principio ad una certa ideologia economica».

⁴⁷ Come ha scritto G. Pericu, *Regolazione e politiche industriali a livello nazionale e locale*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 43 ss., specie 47, è diventato un «"idola" al quale in ogni caso e sempre occorre uniformarsi».

⁴⁸ Cfr., ad esempio, C. cost., 17 novembre 2010, n. 325. Infatti, la Corte ha assorbito nella tutela della concorrenza anche materie (come la determinazione delle tariffe; la disciplina delle convenzioni di servizio, degli ambiti territoriali ottimali e dei relativi enti di governo), che sono funzionali al perseguimento dell'efficienza operativa del servizio piuttosto che alla tutela della concorrenza; quest'ultima, al massimo, è un effetto secondario dell'efficienza operativa, nel senso che un contesto regolatorio funzionale all'efficienza operativa è il presupposto per la creazione di una concorrenza nel mercato. Per un approfondimento delle argomentazioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di servizi pubblici locali, mi sia consentito rinviare a F. Caporale, *I servizi idrici*, cit., 259 ss.

⁴⁹ Cfr. C. cost., 20 marzo 2013, n. 46, considerato in diritto § 3.2.

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

zionale di questo modello nel servizio idrico. Ad esempio, il requisito del controllo analogo determina una sovrapposizione tra funzioni di organizzazione/regolazione e gestione: l'ente d'ambito, infatti, è allo stesso tempo controllore (verifica la qualità del servizio reso dal gestore e commina eventuali sanzioni) e controllato (è titolare, direttamente o tramite i comuni che vi aderiscono, delle quote azionarie del gestore). In questo modo, però, il controllo sulla qualità del servizio rischia di essere più debole e il gestore di piegarsi a perseguire obiettivi politici di breve periodo per rinsaldare il consenso elettorale (ad esempio, destinando i profitti del servizio idrico verso altri settori, destinando o abbassando le tariffe, a costo di rinunciare a investimenti necessari).

L'importanza del sistema di regolazione e del regime di controlli è ancora più evidente quando si analizzano i casi di privatizzazione sostanziale.

Nell'affidamento del servizio a una società privata, i nodi critici sono il regime delle gare, la disciplina delle convenzioni e la qualità dei controlli.

In questo caso, gare e convenzioni non possono che essere incompleti, perché gli affidamenti sono molto lunghi, per consentire l'ammortamento degli investimenti previsti: alcune previsioni hanno un'emivita molto più breve (ad esempio, le tariffe hanno un periodo regolatorio di quattro anni) e, più in generale, aumenta la probabilità che si verifichino eventi imprevisti che impongano di rinegoziare le clausole contrattuali.

Questa procedura di rinegoziazione è una contrattazione bilaterale che non è più basata su principi di concorrenza e nella quale, anzi, le imprese private, spesso già dotate di una maggiore competenza professionale e tecnico-scientifica rispetto alle amministrazioni locali, possono vantare una particolare posizione di forza.

Innanzitutto, gestendo il servizio, esse acquisiscono informazioni di carattere tecnico ignote alle amministrazioni; inoltre, possono sfruttare la complessità e la lentezza delle procedure di subentro nella gestione, per influenzare la rinegoziazione, minacciando il recesso dal contratto in caso di mancata soddisfazione delle loro pretese⁵⁰.

D'altra parte, le incertezze derivanti dalle rinegoziazioni rappresentano anche un costo di regolazione per gli operatori privati, che ne allontana alcuni (specialmente i più piccoli) e che, comunque, incide nella determinazione delle tariffe, finendo per ricadere sugli utenti.

⁵⁰ La sostituzione di un gestore, specialmente quando avviene prima della scadenza naturale del contratto e a causa di un conflitto tra ente affidante e società affidataria, è un'attività che necessita di molto tempo e, quindi, può compromettere la regolarità del servizio, particolarmente importante in un'attività essenziale per la vita umana, come la distribuzione dell'acqua.

Le convenzioni attualmente in vigore non sono in grado di affrontare questi problemi e, anzi, sono particolarmente lacunose⁵¹.

Per stemperare le occasioni di conflitto, sarebbe necessario ridurre i costi di transazione nell'avvicendamento tra operatori economici (soprattutto connessi al subentro nella gestione dell'infrastruttura), in modo da rendere più efficace la possibilità di sostituire in corso d'opera il gestore; migliorare la chiarezza delle clausole contrattuali; individuare in maniera più precisa le responsabilità per gli investimenti.

Anche le gare sono strutturalmente poco funzionali.

Il criterio di aggiudicazione al massimo ribasso non è sempre applicabile e non sarebbe neppure auspicabile; le gare mantengono un ampio margine di discrezionalità, dietro la quale si cela, spesso, una decisione pienamente politica⁵².

Inoltre, i *new comers* soffrono di una posizione di asimmetria informativa, perché gli *incumbent* hanno acquisito, durante la gestione del servizio, informazioni privilegiate sulle specificità tecnico-operative in quel determinato territorio.

Perciò, nella maggior parte delle gare, non è stata presentata nessuna offerta o ne è stata presentata una sola: non esiste un vero mercato concorrenziale dei servizi idrici; le imprese attive sono poche e di grandi dimensioni⁵³.

È necessario, quindi, ripensare completamente le procedure di selezione del gestore privato.

Innanzitutto, si dovrebbe comporre un sistema di *benchmarking* su scala nazionale (un'ipotesi ancora molto lontana, date la lacunosità dei flussi informativi⁵⁴), che potrebbe consentire una maggiore oggettività nella decisione; inoltre, sarebbe necessario individuare nuovi criteri di aggiudicazione, basati sulla qualità della prestazione (come il margine di efficientamento operativo o il contenuto della carta dei servizi).

Inoltre, la gara dovrebbe essere costruita come un meccanismo partecipativo funzionale a definire gli obiettivi di qualità del servizio, attraverso cui amministrazione e società affidataria acquisiscono informazioni, anche dalla cittadinanza, rispetto al servizio atteso.

Quanto ai controlli, gli enti d'ambito non hanno sempre risorse, strut-

⁵¹ In proposito, cfr. *La convenzione di affidamento e la regolazione del servizio idrico in Italia. Atti della 1ª edizione degli Incontri sulla regolazione dei servizi idrici. ANEA Palermo, 28-29 novembre 2005*, a cura di G. Canitano, D. Di Laurea e N. Doni, Milano, FrancoAngeli, 2007.

⁵² Così, A. Massarutto, *Privati dell'acqua?*, cit., 219 ss.

⁵³ In proposito, cfr. Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067, § 1.

⁵⁴ Si vedano, per esempio, le carenze nei flussi informativi riportate in Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, *Relazione annuale 2019*, I, cit., 313 ss.

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

ture e personale adeguato, per quantità e qualità, ad affrontare questioni molto complesse e a confrontarsi con le imprese affidatarie, spesso grandi multinazionali⁵⁵. Di conseguenza, vi sono rischi di cattura o di commettere errori: è anche per questo che, specie nei dieci anni successivi alla legge Galli, gli investimenti sono cresciuti meno del previsto e le tariffe aumentate più del dovuto⁵⁶.

Anche le società miste presentano problemi simili, pur partendo da presupposti diversi.

Questo modello di gestione ha, a prima vista, alcuni vantaggi: la durata del rapporto contrattuale si riduce (perché gli investimenti ricadono sui bilanci della società mista e non del privato) e l'oggetto si limita allo svolgimento dei compiti operativi, che vanno affidati *in toto* al socio privato.

In questo modo, si risolvono i problemi di incompletezza funzionale delle convenzioni e delle gare; allo stesso tempo, l'affidamento al privato dei compiti di produzione del servizio non implica l'abdicazione totale del soggetto pubblico dalle scelte strategiche di gestione e si abbina a un rafforzamento dei controlli, effettuati già all'interno degli organismi di *governance* societaria.

Si dovrebbe realizzare, quindi, un buon equilibrio tra ritorno in efficienza derivante dalla particolare professionalità del privato ed esigenze di controllo pubblico.

La realtà, però, mette in evidenza diverse criticità.

Innanzitutto, è molto difficile stabilire con precisione quali compiti vadano effettivamente conferiti al privato e quali debbano restare al pubblico e calibrare il giusto equilibrio nei rapporti interni alla società: in particolare, non è semplice stabilire quali decisioni imprenditoriali vadano lasciate al privato, visto che questo svolge in via esclusiva l'attività operativa, e quali, invece, vadano assunte anche con la partecipazione dell'azionista pubblico.

Infatti, la distinzione tra scelte operative, da un lato, e strategico-organizzative, dall'altro, è molto sfumata: bisogna evitare di svuotare di poteri il soggetto pubblico o di attribuirgliene troppi, consentendogli di condizionare le scelte imprenditoriali, con l'effetto di vanificare il beneficio ottenuto – in termine di efficienza – con il conferimento di compiti operativi al socio privato.

⁵⁵ Per l'inadeguatezza tecnico-operativa, strutturale e finanziaria delle autorità d'ambito, cfr. Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione annuale al Parlamento sullo stato dei servizi idrici. Anno 2009*, Roma 22 luglio 2010, 59.

⁵⁶ Cfr. G. Abrate e G. Fraquelli, *Domande e tariffe nel settore idrico italiano: un'analisi di sensitività sui Piani d'Ambito*, in *Econ. pubbl.*, 2007, 119 ss.

Inoltre, l'attribuzione dei compiti operativi al privato aumenta il rischio di cattura del partner pubblico: svolgendo le attività operative, il privato acquisisce informazioni tecniche sulle specificità della produzione del servizio, a livello locale, di cui l'amministrazione è priva.

Infine, vi è la possibilità che, nell'arco del rapporto, le relazioni tra socio privato e pubblico si incancreniscano.

A queste difficoltà se ne aggiungono altre, collegate alle persistenti incertezze derivanti dall'applicazione di alcune regole di diritto pubblico e dalla loro sovrapposizione con quelle di diritto comune: si pensi, ad esempio, alle discipline in tema di trasparenza e di prevenzione della corruzione (e alla loro compatibilità con gli obblighi di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), di fallimento e di responsabilità.

Insomma, nei servizi idrici, in fin dei conti, i problemi posti dal polo "privato", nonostante le molteplici sfumature che questo può assumere, sono almeno parzialmente simili: la natura soggettiva del gestore non è risolutiva; l'equivalenza tra efficienza e concorrenza è una mera illusione e, quand'anche non si condividesse questa affermazione, va preso atto che, in concreto, nel servizio idrico, non solo non esiste un mercato a valle, nella prestazione del servizio (la c.d. concorrenza "nel mercato"), ma neppure a monte, nella partecipazione alle procedure a evidenza pubblica (la c.d. concorrenza "per il mercato"), perché ci sono poche imprese e di grandi dimensioni e le gare vanno spesso deserte.

Dunque, non esiste una soluzione efficace in ogni contesto locale, a prescindere dalle caratteristiche del territorio in cui si deve gestire il servizio: un gestore pubblico (con le diverse forme organizzative che questo potrebbe assumere), una società mista, un privato possono tutte potenzialmente essere soluzioni efficienti. La valutazione su quale sia la forma di gestione ottimale va compiuta caso per caso, a seconda delle peculiarità locali. A essere dirimenti, invece, sono la regolazione e i controlli pubblici, che devono essere autorevoli, equilibrati ed efficaci: da questi dipende l'efficacia del rapporto pubblico-privato e, più in generale, l'efficienza del servizio e la soddisfazione dei diritti degli utenti.

4. Il rapporto d'utenza tra "pubblico" e "privato"

Nel rapporto pubblico-privato nei servizi idrici – e, più in generale, nei servizi pubblici – accanto alle imprese private e alle pubbliche amministrazioni viene in rilievo anche un terzo attore: gli utenti.

Questi ultimi partecipano alla dinamica pubblico-privato sia dall'esterno che dall'interno.

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

Vi partecipano dall'esterno, perché agli utenti spetta, in quanto destinatari delle prestazioni rese, valutare la funzionalità dell'interazione tra pubbliche amministrazioni e imprese private.

Non bisogna dimenticare, infatti, che i cittadini sono una componente necessaria della nozione giuridica di servizio pubblico⁵⁷ e che i servizi pubblici sono nati proprio con l'obiettivo di fornire prestazioni alla collettività⁵⁸.

È ovvio, perciò, che il rapporto pubblico-privato deve essere esaminato innanzitutto alla luce della capacità di soddisfare i bisogni degli utenti.

Gli utenti vi partecipano anche dall'interno, perché le complicazioni prodotte dalla dinamica pubblico-privato stanno determinando una trasformazione del loro rapporto con le amministrazioni pubbliche e con le imprese fornitrici del servizio.

Infatti, la distinzione tra soggetto politico-rappresentativo e responsabilità gestionale e imprenditoriale sdoppia il regime giuridico applicabile agli utenti: da un lato, i fruitori del servizio devono poter influenzare le decisioni organizzative assunte dalle amministrazioni pubbliche; dall'altro, devono potersi tutelare nei confronti delle imprese fornitrici.

Per questo, ricondurre gli utenti a uno dei due poli della dicotomia pubblico-privato è poco agevole: infatti essi, possono essere assorbiti contemporaneamente nel polo "privato" (nei rapporti con le amministrazioni, in quanto destinatari dell'azione amministrativa) e in quello "pubblico" (nei rapporti con le imprese, in quanto beneficiari della prestazione).

In particolare, a partire dalla fine degli anni Ottanta⁵⁹, il rapporto di utenza ha conosciuto un processo di amministrativizzazione e giuridificazione⁶⁰: la figura del cittadino-utente, titolare di un interesse alla prestazione del servizio, rivendicabile con gli strumenti rappresentativi (primo fra tutti,

⁵⁷ Infatti, la nozione giuridica attuale di servizio pubblico abbina ad alcuni aspetti della classica dimensione soggettiva anche elementi di carattere oggettivo-funzionale, come la destinazione della prestazione alla soddisfazione di un interesse individuale dei cittadini. In proposito, cfr. G. Caia, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*⁴, a cura di L. Mazzarolli, A. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, II, Bologna, Monduzzi Editore, 2005, 131 ss.

⁵⁸ Non a caso, storicamente, sono nati nella transizione tra Stato monoclasse e pluriclasse, proprio per includere le classi subalterne nella vita pubblica, come ha sottolineato M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, 69 ss.

⁵⁹ Su cui si veda già F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, il Mulino, 1990, 7 ss.

⁶⁰ Questo processo di giuridificazione è collegato a quelli, paralleli, della giuridificazione dei principi di concorrenza ed efficienza, su cui cfr. S. Cornella e S. Pellizzari, *La concorrenza: itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti e M. Renna, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*,

ovviamente, il canale elettorale), è stata progressivamente sostituita da quella del consumatore-utente, cui è riconosciuto un diritto alla prestazione del servizio tutelabile con gli strumenti di diritto privato previsti per la particolare categoria dei consumatori⁶¹.

Ne è conseguito un rafforzamento della protezione delle situazioni giuridiche soggettive individuali: si pensi all'affermazione del principio della corrispettività della tariffa (che giustifica la sospensione del pagamento delle bollette, in caso di totale inadeguatezza del servizio reso)⁶², all'applicazione delle sanzioni in materia di pratiche commerciali scorrette⁶³, alla repressione di intese e abusi di posizione dominante⁶⁴, all'introduzione di meccanismi di rimborso automatico in caso di disservizio, alla disciplina della qualità contrattuale e alla previsione di obblighi di servizio precisi⁶⁵.

D'altra parte, questa trasformazione ha cambiato profondamente la percezione della funzione del servizio pubblico nella società e descrive in maniera paradigmatica la trasformazione della disciplina giuridica dei servizi pubblici.

Il servizio pubblico si è trasformato da una prestazione che i poteri pubblici devono garantire obbligatoriamente alla collettività, per legittimare l'esercizio dell'autorità, in un rapporto privato tra chi vende e chi compra il servizio⁶⁶.

a cura di L. Ferrara e D. Sorace, III, Firenze, Firenze University Press, 2016, 373 ss. e R. Ursi, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, ivi, 445 ss.

⁶¹ In proposito, cfr. M. Ramajoli, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere individuale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383 ss.; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001; S. Nicinski, *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris, LGDJ, 2001. In proposito, cfr. anche J. Amar, *De l'usager au consommateur de service public*, Aix-en-Provence/Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

⁶² Cfr. C. cost., 10 ottobre 2008, n. 335, § 6 ss.

⁶³ Cfr. le sanzioni irrogate dall'AGCM, nei confronti delle società Abbanoa S.p.A. (cfr. il provvedimento n. 25625 del 16 settembre 2015), di Acea S.p.A., di Gori S.p.A. e del Consorzio Idrico Terra di Lavoro (cfr. i provvedimenti n. 25789 del 16 dicembre 2015; n. 25790 del 16 dicembre 2015; n. 25791 del 16 dicembre 2015). In proposito, cfr. anche V. Meli, *La protezione del "contraente debole" e le pratiche commerciali scorrette nell'erogazione del servizio idrico*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017*, cit., 359 ss.

⁶⁴ In proposito, cfr. L. Toffoletti, *Sviluppo industriale e promozione della concorrenza per il mercato dei servizi idrici*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017*, cit., 271 ss. e R. Cifarelli, *Il servizio idrico integrato e l'Antitrust*, in *An. giur. ec.*, 2010, 193 ss.

⁶⁵ Oltre a diverse delibere dell'ARERA, cfr. anche L. Pitzurra, *Nuovi strumenti di tutela dell'utente del servizio idrico integrato*, in *An. giur. ec.*, 2010, 265 ss. e G. Vercillo, *La continuità del servizio. Mancata fornitura, interruzione del servizio e tutela del cittadino-consumatore*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017*, cit., 335 ss.

⁶⁶ La concezione del servizio pubblico come legittimazione del potere è tipicamente

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

Gli effetti di questo cambiamento non attengono solo alla sfera socio-politologica (dal momento che si attenua la natura politica del servizio pubblico, inteso come prestazione che il potere pubblico *sceglie* di fornire ai cittadini, per la soddisfazione di un loro diritto fondamentale), ma anche a quella propriamente giuridica.

Infatti, si “individualizza” e si “privatizza” anche la funzione dei servizi pubblici, il cui obiettivo principale non è più garantire l’eguaglianza tra cittadini e tra aree del Paese, ma soddisfare pretese individuali nella maniera più efficiente dal punto di vista economico.

I servizi pubblici sono sempre meno descritti come strumenti atti a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese» di cui all’art. 3, c. 2 Cost. e sempre più, invece, come strumenti funzionali a soddisfare specifici diritti individuali di rango primario (ad esempio, quelli alla vita, a un’esistenza libera e dignitosa, alla salute, allo studio).

Di conseguenza, nella disciplina giuridica del servizio pubblico, diventa prioritaria la massimizzazione dell’utilità individuale (in luogo dei principi solidaristici) e, di fatto, l’importanza degli obiettivi di coesione sociale e territoriale si attenua.

Lo si vede bene nella dinamica del servizio universale⁶⁷, nella diffusione delle tariffe *cost-reflective*⁶⁸, nella deroga all’adesione agli ambiti ter-

francese (in proposito, mi sia consentito rinviare a F. Caporale, *Divergenze e convergenze nell’elaborazione della nozione di servizio pubblico in Francia e nel Regno Unito*, in *Quad. fior.*, 2017, 625 ss.), ma si ritrova anche nell’esperienza italiana. Non a caso, i servizi pubblici sono nati nella transizione dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse, proprio per integrare le classi subalterne nel tessuto amministrativo e istituzionale. In proposito, si veda ancora M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, cit., 69 ss.

⁶⁷ Che individua un insieme di prestazioni minime garantite a tutti, che non è possibile fornire in condizioni di equilibrio economico. Questa nozione è più ristretta di quella di servizio pubblico e implica, dal punto di vista logico, che vi siano attività di servizio pubblico non fornite a tutti cittadini. Sul servizio universale, cfr. G.F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; M. Clarich, *Dal servizio pubblico al servizio universale*, in *Telecomunicazioni e servizio universale*, a cura di S. Frova, Milano, Giuffrè, 1999, 21 ss.; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.

⁶⁸ La determinazione delle tariffe in base ai costi di produzione del servizio implica, ovviamente, anche una diversificazione della tariffazione su base territoriale, in parte compensata, ovviamente, da principi di solidarietà a livello di ambito territoriale ottimale.

ritoriali ottimali⁶⁹, persino in alcuni profili del diritto umano individuale all'acqua⁷⁰.

Questo fenomeno è accentuato dalla moltiplicazione delle categorie di utenti conseguente all'individualizzazione della prestazione e al perseguimento di obiettivi di efficienza economica.

La cittadinanza, di fronte alla fruizione di un servizio pubblico, è stata scomposta in una congerie di categorie in base a diverse variabili (ad esempio, la quantità consumata, le condizioni di reddito, l'utilità ricavata, la tipologia di consumatore).

In questo modo, si è rotta la solidarietà tra utenti e si è rinsaldata, invece, quella tra gestore e alcune categorie di utenti: se il servizio pubblico soddisfa un diritto individuale del consumatore (e non un bisogno collettivo della cittadinanza), si determina una spirale per la quale «chi compra gradisce prezzi più bassi e quindi accetta “tagli” che eliminano rami secchi e sacche di inefficienza. Questo significa che il rapporto di utenza crea una certa solidarietà tra gestore e utente anche attorno ad un programma di riduzione del servizio pubblico, programma che può riferirsi a situazioni insostenibili, a prezzi di mercato (i “rami secchi” delle ferrovie, per esempio), a fasce di utenza incapaci di reggere i costi del servizio (le “fasce deboli”), a prestazioni particolarmente costose»⁷¹.

Questa evoluzione – con alcuni tratti positivi e altri negativi – ha riguardato esclusivamente i rapporti tra cittadini e società incaricate della for-

⁶⁹ La non adesione all'ambito, infatti, viene giustificata con l'aumento delle tariffe e con un peggioramento del servizio. Un argomento che sembra essere stato sposato anche dalla C. cost., 4 marzo 2019, n. 33, § 7.5, che ritiene costituzionalmente illegittimo l'obbligo di gestioni associate di cui all'art. 14, c. 28, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, poiché «non prevede la possibilità, in un contesto di Comuni obbligati e non, di dimostrare, al fine di ottenere l'esonero dall'obbligo, che a causa della particolare collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali, del Comune obbligato, non sono realizzabili, con le forme associative imposte, economie di scala e/o miglioramenti, in termini di efficacia ed efficienza, nell'erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento», perché «il sacrificio imposto all'autonomia comunale non è in grado di raggiungere l'obiettivo cui è diretta la normativa stessa; questa finisce così per imporre un sacrificio non necessario, non superando quindi il test di proporzionalità (*ex plurimis* sentenze n. 137 del 2018, n. 10 del 2016, n. 272 e n. 156 del 2015)». In questo caso, però, la perdita di efficienza a livello di singolo comune, sarebbe giustificata da un guadagno in efficienza complessivo dell'ambito territoriale e, quindi, risponderebbe a criteri di solidarietà oltre che di efficienza di area vasta.

⁷⁰ In proposito, cfr. B. Morgan, *The North-South Politics of Necessity: Regulating for Basic Rights between National and International Levels*, in *J. Consum. Policy*, 2006, 465 ss. e C. Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

⁷¹ Così, R. Bin, *Prefazione*, in G. Citroni, N. Giannelli e A. Lippi, “*Chi governa l'acqua?*”. *Studio sulla governance locale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, cit., 5 ss., specie 8.

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

natura del servizio; invece, è rimasta sullo sfondo la prospettiva pubblicistica, che pure è fondamentale per la tenuta complessiva del sistema.

Non bisogna dimenticare, infatti, che il rapporto pubblico-privato nella prestazione dei servizi pubblici locali, presuppone non solo che i cittadini abbiano strumenti incisivi a tutela dei propri diritti nei rapporti con il gestore, ma anche che siano previsti meccanismi efficaci per influenzare le decisioni dell'ente politico-rappresentativo e farne valere la responsabilità in relazione alle scelte compiute in merito all'organizzazione del servizio pubblico⁷².

L'esempio del servizio idrico è emblematico: l'istituzione degli ambiti territoriali ottimali ha scollegato le scelte organizzative sul servizio idrico dal circuito democratico.

Infatti, i poteri più importanti sono stati assegnati a enti di governo distinti dagli enti locali e titolari di autonomi rapporti giuridici, che non possono essere considerati «sponenziali delle autonomie locali, e dunque riconducibili al numero chiuso degli organi espressivi del generale principio rappresentativo»⁷³.

I comuni sono obbligati ad aderirvi; quelli più piccoli detengono quote irrisorie di partecipazione (e, quindi, non hanno speranza di incidere davvero sulla decisione finale); in genere, i comuni capoluogo di provincia dominano le assemblee, perché da soli detengono più o meno la metà dei voti⁷⁴. Proprio per questo, si è registrata una tendenza centrifuga: molti comuni hanno cercato di sottrarsi all'adesione obbligatoria a questi enti, per mantenere le proprie prerogative nell'organizzazione del servizio.

Anche nei comuni più grandi si è determinato uno scollamento tra collettività e gestione del servizio, dal momento che le decisioni non sono più prese nei consigli comunali o nelle giunte, ma nelle assemblee e negli organi direttivi degli enti d'ambito.

⁷² In proposito, cfr. R. Bin, C. Bergonzini e M. Nalin, *Servizi pubblici locali: rapporto di consumo e diritti di cittadinanza*, in *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, a cura di S. Staiano, Napoli, Jovene, 2017, 325 ss.

⁷³ Cfr. Cons. St., sez. VI, 27 ottobre 2011, n. 5788, § 11.2, che, qui, fa evidentemente riferimento al principio di rappresentanza diretta, perché la Corte costituzionale ha ritenuto che il meccanismo della rappresentanza di secondo grado è sufficiente a rendere le associazioni di comuni rappresentative degli enti che vi partecipano a condizione che siano previste precise garanzie di partecipazione degli enti locali. Così, da ultimo, C. cost., n. 33/2019, 33, § 7.3.

⁷⁴ In proposito, si rinvia ancora a M. De Benedetto, *Gli ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale*, cit., 148.

Insomma, si è attenuato il canale elettorale di legittimazione delle decisioni e si è ridotta la rappresentatività degli enti di governo preposti all'organizzazione del servizio⁷⁵.

Le decisioni relative all'organizzazione dei servizi pubblici sono state tecnicizzate e neutralizzate, ma le procedure amministrative sono rimaste opache: non sono stati introdotti strumenti di democrazia amministrativa; non ci sono procedure particolari di partecipazione o consultazione della cittadinanza; le (poche) procedure di consultazione delle associazioni rappresentative degli utenti sono, spesso, svolte dalle amministrazioni in maniera puramente formale; i componenti e il funzionamento degli enti d'ambito sono sconosciuti alla cittadinanza; solo la scelta della forma di gestione deve essere motivata⁷⁶; gli atti di organizzazione del servizio devono essere pubblicati sui siti, ma è raro che i cittadini vi accedano.

Dunque, al trasferimento di competenze dai comuni agli enti d'ambito è seguita una "depubblicizzazione" dei servizi pubblici, dal momento che si sono indebolite la rappresentatività e la legittimazione politica delle amministrazioni preposte al loro governo e che, contestualmente, non sono stati implementati strumenti efficaci di democrazia amministrativa⁷⁷.

Questo comporta, da un lato, una minore contezza dei bisogni degli utenti (e, quindi, un peggioramento della qualità delle decisioni) e, dall'altro, un'attenuazione delle forme di controllo diffuso sulle decisioni relative all'organizzazione del servizio idrico.

Complessivamente, per perseguire obiettivi di efficienza economica⁷⁸, sono state ridotte la legittimazione e la percezione dell'efficacia (se non proprio l'efficacia) delle decisioni organizzative⁷⁹.

⁷⁵ Che si esercita, ora, solo in maniera indiretta, attraverso elezioni o nomine di secondo livello.

⁷⁶ E comunque questo obbligo è stato introdotto non a scopo di controllo diffuso della cittadinanza, ma a tutela dei principi di concorrenza ed efficienza.

⁷⁷ Lo rilevano, a proposito della gestione del servizio idrico, G. Citroni, N. Giannelli e A. Lippi, "Chi governa l'acqua?". *Studio sulla governance locale*, Soveria Mannelli, 2008, 228 ss.

⁷⁸ In proposito, mi sia consentito rinviare a F. Caporale, *Politica e amministrazione nei servizi pubblici locali: in cerca di un equilibrio tra rappresentatività ed efficienza economica*, in *Diritto amministrativo e società civile. Vol. III*, Bologna, BUP, 2019, 421 ss.

⁷⁹ Sull'efficacia delle politiche pubbliche in rapporto alla rappresentanza democratica e al circuito elettorale di legittimazione delle decisioni, cfr. A. Prontera, *Efficacia*, in *Riscoprire la sfera pubblica. Confini, regole, valori*, a cura di G. Di Cosimo e L. Lanzalaco, Segrate, ATi editore, 2012, 80 ss.

5. Problemi e prospettive del rapporto pubblico-privato nei servizi idrici

Il rapporto pubblico-privato nei servizi idrici è segnato da molti aspetti critici, che meritano approfondite riflessioni.

Il polo “pubblico” è costituito da una congerie di amministrazioni, con frequenti sovrapposizioni e conflitti, che rendono il sistema istituzionale scoordinato e poco efficace. Gli effetti si riverberano sulle attività di regolazione e controllo: l’incertezza del sistema, da un lato, fa aumentare i costi di regolazione e allontana molte imprese dal settore e, dall’altro, consente agli operatori pubblici e privati più spregiudicati di incamerare extraprofiti.

Il polo “privato” presenta altrettante disfunzioni. Innanzitutto, esso comprende soggetti molto diversi: società a partecipazione esclusivamente pubblica, società miste, imprese private. Ognuno di essi presenta profili critici specifici, ma tutti sono accomunati dalla centralità della qualità dei controlli e delle regole preordinate al loro funzionamento.

Nel caso delle società a partecipazione esclusivamente pubblica, oltre ai problemi rappresentati dall’eventuale applicabilità di alcune discipline di diritto comune e dalla frequente sovrapposizione tra diritto comune e diritto amministrativo, va attenuata la confusione tra controllo e gestione, che, da un lato, indebolisce i controlli e, dall’altro, rischia di trasformare la società in uno strumento per perseguire politiche clientelari o di bilancio scollegate dal servizio idrico.

Nel caso delle società miste, emergono le necessità di calibrare correttamente l’intensità dei controlli interni (da un parte, per non svuotare il potere pubblico e, dall’altra, per non disperdere la flessibilità del modello privatistico), di individuare in maniera precisa i compiti che vanno assegnati al socio privato e di scongiurare il rischio di cattura dell’amministrazione derivante dall’asimmetria informativa conseguente all’opzione (pur condivisibile) di delegare al privato i compiti operativi.

Nel caso delle società integralmente private, l’incompletezza strutturale di gare e convenzioni rende dirimenti i meccanismi di regolazione *ex post*: in quest’ottica vanno rafforzate le dotazioni finanziarie e di personale degli enti di governo d’ambito.

In conclusione, nei servizi idrici, nonostante i miglioramenti determinati dall’attribuzione delle funzioni di regolazione all’ARERA⁸⁰, vi sono ancora molte disfunzioni che limitano l’efficacia dell’interazione tra pubblico e privato e ricadono principalmente sugli utenti: la regolazione non è sempre

⁸⁰ In proposito, mi sia consentito rinviare ancora a F. Caporale, *I servizi idrici*, cit., 294 ss.

coerente; i controlli sono poco efficaci; la prestazione del servizio, a parità di costi, qualitativamente peggiore.

Questa situazione è aggravata dall'indebolimento dei meccanismi di controllo che gli utenti hanno nei confronti delle amministrazioni pubbliche e, in particolare degli enti di governo d'ambito.

Infatti, il trasferimento delle funzioni di organizzazione e controllo dai comuni agli enti di governo d'ambito ha ridotto la "democraticità" del governo del settore, determinandone una sostanziale "depubblicizzazione": infatti, i canali politici di influenza e controllo delle decisioni pubbliche non sono stati rimpiazzati da opportuni meccanismi amministrativi e i processi decisionali sono poco trasparenti e sostanzialmente sconosciuti alla cittadinanza⁸¹.

Si può trarre la conclusione che il legislatore italiano ha inquadrato il rapporto pubblico-privato nei servizi idrici in una prospettiva semplificata e banalizzante, in base alla quale sarebbe sufficiente trasferire compiti operativi e funzioni di gestione dal pubblico al privato per incrementare l'efficienza del servizio e, in aggiunta, far risparmiare le amministrazioni.

In quest'ottica, il rapporto pubblico-privato è diventato una occasione per ridurre la sfera pubblica: invece, per funzionare, esso presuppone una redistribuzione di funzioni all'interno delle amministrazioni. La sottrazione di compiti operativi e gestionali deve essere compensata da una regolazione chiara e controlli nuovi e più efficaci⁸²: queste due ultime funzioni sono necessarie per tutelare gli utenti e creare le condizioni per la concorrenza (almeno "per il mercato"); altrimenti, il rapporto pubblico-privato rischia di diventare un'occasione per rimpiazzare un monopolio pubblico con uno privato, a danno degli utenti (e, nel caso dei servizi idrici, anche dell'ambiente, data la natura particolare dell'acqua).

Perciò, il rapporto pubblico-privato dovrebbe essere accompagnato da investimenti nel reclutamento e nella formazione del personale e nelle dotazioni tecniche delle amministrazioni.

Tutto questo, però, nel caso del servizio idrico, non è avvenuto: anzi, le poche riforme organizzative sono state collegate all'esigenza opposta di ridurre la spesa pubblica⁸³.

⁸¹ In proposito, cfr. la ricostruzione di G. Citroni, N. Giannelli e A. Lippi, "*Chi governa l'acqua?*", cit., 228-232.

⁸² Sulla persistenza dei poteri pubblici anche dopo le politiche di liberalizzazione e privatizzazione, cfr. M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008, 33 ss.

⁸³ Come osservato nel secondo paragrafo, gli enti di governo d'ambito sono nati per effetto dell'art. 1, c. 1-*quinquies*, d.l. n. 2/2010, la cui rubrica è «Interventi urgenti sul conten-

pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive

Questo approccio “dimezzato” al rapporto pubblico-privato (cioè focalizzato solo sulla natura soggettiva del gestore e non sul sistema regolatorio e organizzativo) ha reso le riforme di questi anni non sempre efficaci: le gare per l'affidamento del servizio sono state tutto sommato poche; il numero delle società miste e degli affidamenti tramite gara è cresciuto solo per effetto dei vincoli finanziari imposti alle amministrazioni locali e non di mature opzioni politico-organizzative; le imprese private operanti nel settore sono poche e di grandi dimensioni e, quindi, non esiste una vera concorrenza, neppure limitata alla partecipazione alle procedure a evidenza pubblica⁸⁴.

Nonostante intendesse agire nella prospettiva (già chiaramente ideologica⁸⁵) dell'identità tra efficienza e concorrenza⁸⁶, il legislatore, nei fatti, ha dimostrato di perseguire l'identità tra efficienza e privatizzazione, dal momento che non ha costruito le condizioni regolatorie per realizzare la concorrenza, neppure nella versione “per il mercato”.

Per far funzionare il rapporto pubblico-privato (indispensabile, dati gli elevati investimenti di cui il settore ha bisogno) e, più in generale, per rendere efficace e omogenea sul territorio nazionale la prestazione di questo servizio fondamentale per la vita umana, è necessario ripensare questo approccio e stabilire regole e controlli efficaci che tutelino gli utenti, permettano loro di influire nei processi decisionali del settore e consentano alle imprese pubbliche e private di operare in maniera efficiente, obbligandole, al contempo, a investire nella manutenzione della rete.

Abstract

Water essential for life, therefore the public-private partnership in water supply is one of the most discussed topic worldwide. Although this debate is particularly relevant in Italy – that needs both private and public investments to face the water pipes' poor condition – politicians, legal scholars, economists, and providers approached it ideologically.

mento delle spese negli enti locali», e le funzioni di regolazione sono state assegnate all'ARERA in occasione di un provvedimento (l'art. 21, c. 19, d.l. n. 201/2011) intitolato «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici» e, più precisamente, all'interno del capo «Riduzioni di spesa. Costi degli apparati».

⁸⁴ Cfr. Cons. St., VI, n. 5067/2012, su cui F. Dinelli, *La (difficile) individuazione del mercato rilevante nel settore dei servizi idrici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 405 ss.

⁸⁵ Come rileva M. Libertini, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano*, cit., 365 ss.

⁸⁶ In proposito, cfr. R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2016, 257 ss.

federico caporale

This essay examines the meaning of “public” and “private” in the Italian water sector, stressing the problems that still affect both these categories and their repercussions on customers, in terms of efficiency and quality.

The Italian debate focuses mainly on the subjective nature of the providers, neglecting the regulatory system, as if a private provider per se productive efficiency and savings for administrations and customers. The public-private partnership has been simplified, being considered as a mere transfer of operating and managerial functions from public to private actors and a reduction of the public sphere: instead, this process implies a redistribution of powers (and resources) amongst the different areas of public administrations, in favour of the solution to reach controls.

Italy, in conclusion, adopted a split-half approach which determined some troubles in the public-private partnership, which can be addressed only focusing on the “forgotten half”: the influence of the citizens over public decision making processes regarding water supply; the technical expertise of public bodies operating in the water sector; and the quality and the effectiveness of regulations and controls.

GIORGIO MOCAVINI

LE DIMENSIONI DELLA TARIFFA DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

SOMMARIO: 1. Le trasformazioni del servizio idrico. – 2. Il sistema tariffario idrico. – 3. La sostenibilità economico-finanziaria del servizio. – 4. L'inclusione sociale. – 5. La difesa della risorsa. – 6. Le dimensioni della tariffa idrica.

1. Le trasformazioni del servizio idrico

Il servizio idrico ha per oggetto una risorsa naturale limitata, ma essenziale per la vita, e l'intervento pubblico nel settore è sempre stato funzionale sia a tutelare il bene acqua dal sovra-consumo e dall'inquinamento, sia a consentirne la fruizione collettiva¹. Nella gestione di tale servizio emergono esigenze differenti. Innanzitutto, occorre garantire l'accesso più ampio possibile alla risorsa idrica, specialmente per uso potabile, al fine di assicurare condizioni di vita dignitose per tutti i cittadini². Vi è poi la necessità di definire un regime giuridico che garantisca la remunerazione degli investimenti compiuti dai gestori, allo scopo di favorire l'ammodernamento e la manutenzione delle infrastrutture di distribuzione dell'acqua³. Il principio della

¹ Sul punto si veda G. Napolitano, *Acqua e cibo tra diritti e sistemi amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 301 ss., il quale osserva che, sebbene l'acqua sia riconosciuta come bene essenziale per la collettività ovunque e in ogni tempo, molto più mutevole è il regime giuridico della sua distribuzione, modificato a più riprese nel tentativo di giungere a una gestione efficiente della risorsa in condizioni di sostenibilità ambientale ed economico-finanziaria.

² Per un inquadramento della questione del diritto all'acqua in quanto tale e del diritto a un efficiente servizio idrico si legga N. Lugaresi, *Esiste un diritto fondamentale all'acqua?*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017. Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, a cura di L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, il Mulino, 2017, 313 ss. Per un'analisi comparata del riconoscimento del «diritto all'acqua» cfr. anche N. Lugaresi, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in *L'acqua e il diritto*, Atti del convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 2 febbraio 2011, a cura di G. Santucci, A. Simonati e F. Cortese, Trento, 2011, 43 ss.

³ In tema si rinvia ad A. Tonetti, *Investimenti infrastrutturali e (in)certezza delle regole: il caso del servizio idrico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1102 ss., che mette in evidenza come l'instabilità

«concorrenza per il mercato», sancito a livello europeo, ha reso ineludibile stabilire precisi obblighi di servizio pubblico e garantire la tutela degli utenti, intesi come parte debole nel rapporto contrattuale che si instaura con il gestore⁴. In presenza di monopoli naturali locali, come quelli che si registrano nel servizio idrico integrato, dove sarebbe inefficiente la contemporanea presenza di molteplici differenti gestori in un determinato territorio (c.d. «concorrenza nel mercato»), i benefici della concorrenza sono recuperati attraverso gare pubbliche che realizzano forme di competizione *ex ante*, tramite le quali è scelta una sola impresa incaricata del servizio in un'area pre-stabilita. A tale impresa sono imposti necessari obblighi di servizio pubblico, tesi a garantire l'universalità del servizio e a impedire abusi.

Il servizio idrico integrato, specialmente nel corso degli ultimi anni, è stato poi caratterizzato da profondi mutamenti, dovuti anche ai conflitti ideologici e politici che hanno interessato la gestione del settore e che si sono tradotti in numerosi interventi normativi non sempre coerenti tra loro⁵.

Se in passato l'approvvigionamento idrico era svolto prettamente in regime pubblicistico, in seguito alle trasformazioni indotte dall'ordinamento europeo, anche gli operatori economici privati sono stati ammessi alla gestione del servizio⁶. Si è riscontrato, infatti, che la natura pubblica o privata delle gestioni non influisce in alcun modo sull'efficienza del servizio, dal momento che quest'ultima dipende per lo più dalle modalità e dai criteri operativi adottati nella concreta attività di gestione⁷. La disciplina di settore

normativa abbia costituito un freno agli investimenti nel settore, con inevitabili ripercussioni sull'efficienza del servizio.

⁴ In particolare, nell'ambito del servizio idrico, occorre assicurare livelli omogenei di tutela dei diritti degli utenti, che non possono essere differenziati a seconda delle aree territoriali, come osservato da G. Pitruzzella, *Servizio idrico, concorrenza e tutela del consumatore*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017*, cit., 407 ss. (spec. 411).

⁵ Il dibattito in seno all'opinione pubblica in relazione alla gestione pubblica o privata del servizio si è spesso appiattito su posizioni semplicistiche e altamente ideologiche, per una rassegna delle quali si rinvia ad A. Massarutto, *Privati dell'acqua? Tra bene comune e mercato*, Bologna, il Mulino, 2011, 19 ss., che esamina le opinioni distorte e confuse tanto dei «talebani del mercato», quanto dei «mujaheddin del pubblico» (spec. 27 ss.).

⁶ Sulle trasformazioni del servizio idrico si vedano: J. Bercelli, *Servizi idrici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 5513 ss.; A. Fioritto, *I servizi idrici*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, diretto da S. Cassese, III, Milano, Giuffrè, 2003, 2505 ss.; G. Piperata, *Il servizio idrico tra monopolio e concorrenza*, in *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, a cura di N. Lugaresi e F. Mastragostino, Rimini, Maggioli, 2003, 289 ss.

⁷ Come osservato da F. Caporale, *Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici*, in *Munus*, 2013, 1 ss. (spec. 37 ss.), secondo il quale l'alluvione normativa in tema di servizio idrico ha fatto dimenticare che sono le regole a determinare la

Le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato

è stata poi modificata per effetto del referendum abrogativo del 2011, dopo il quale si sono succedute varie riforme che in parte hanno ridimensionato la portata dell'esito referendario⁸.

Anche l'organizzazione del servizio è passata attraverso varie riforme, tutte fondate sull'articolazione degli Ambiti territoriali ottimali (ATO)⁹. In particolare, questi ultimi sono oggi definiti dalle regioni, le quali individuano anche gli Enti di governo dell'ambito (EGA) a cui partecipano obbligatoriamente tutti gli enti locali che rientrano nell'ambito e a cui sono assegnate le competenze in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresi la programmazione delle infrastrutture e l'affidamento del servizio ai soggetti gestori¹⁰.

Infine, il servizio idrico è stato sottoposto alla regolazione di un'autorità indipendente di settore, mentre un tentativo generale di riordino dei servizi pubblici, tramite un apposito testo unico che avrebbe interessato anche l'ambito idrico, è naufragato a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 25 novembre 2016, n. 251¹¹.

Questa rapida successione di norme in un periodo di tempo così breve su quasi ogni profilo del servizio idrico dimostra quanti rilevanti interessi siano coinvolti nel servizio medesimo e quanto delicata sia la disciplina della gestione delle acque. Vi è tuttavia un tema che più di ogni altro ha dominato l'opinione pubblica e gli studi giuridici ed economici di settore, ossia quello della tariffa idrica, la cui regolazione indipendente si è affermata poco dopo

qualità delle prestazioni dei gestori pubblici e privati. In materia si rinvia anche a G. Muraro, *La gestione del servizio idrico integrato in Italia, tra vincoli europei e scelte nazionali*, in *Mer. conc. reg.*, 2003, 407 ss.

⁸ In tema cfr. P. Chirulli, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) "volontà" referendaria*, in *federalismi.it*, 8 aprile 2015.

⁹ Le riforme che si sono susseguite hanno fatto parlare di vera e propria «altalena», dal momento che il legislatore si è avvalso di criteri spesso diversi per definire gli ambiti territoriali ottimali (M. De Benedetto, *Gli ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e gli enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017*, cit., 135-136).

¹⁰ Così è previsto dall'art. 147, c. 1, d.lgs. n. 152/2006. L'istituzione degli enti di governo d'ambito è avvenuta a seguito della soppressione delle precedenti autorità d'ambito territoriale ottimale per effetto dell'art. 2, c. 186-bis, l. 23 dicembre 2009, n. 191.

¹¹ Si fa riferimento allo schema del testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale adottato in via preliminare in attuazione della delega contenuta nella l. 7 agosto 2015, n. 124 («Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche») e decaduto a seguito della citata sentenza della Corte costituzionale che ha censurato profili di incostituzionalità concernenti la delega stessa. Per un commento critico a tale sentenza cfr. J. Marshall, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 705 ss.

il referendum del 2011. Obiettivo del presente contributo è quello di verificare lo stato dell'arte della regolazione tariffaria idrica, mettendo in evidenza, in particolare, le tre principali dimensioni della tariffa idrica: economica, sociale e ambientale.

A questo fine, è opportuno innanzitutto esaminare le caratteristiche principali del sistema tariffario idrico, prendendo in considerazione l'evoluzione delle competenze tariffarie e illustrando le diverse funzioni delle tariffe idriche (par. 2). Si ritiene utile, poi, soffermare l'attenzione sulle componenti tariffarie destinate a garantire la sostenibilità economico-finanziaria del servizio idrico, dando conto dei mutamenti normativi intervenuti in materia e analizzando le delibere dell'autorità di settore (par. 3). Si descrivono, inoltre, i profili di inclusione sociale compresi nei modelli tariffari, attraverso la disamina delle più recenti regolamentazioni amministrative riguardanti il bonus sociale idrico e la disciplina in tema di morosità degli utenti (par. 4). Successivamente, si esamina la disciplina di tutela delle acque in prospettiva ambientale, tenendo conto delle componenti tariffarie previste a questo fine (par. 5). Infine, si analizzano le possibili prospettive future di regolazione delle tariffe idriche (par. 6).

2. Il sistema tariffario idrico

In origine il modello regolatorio del servizio idrico era delineato nelle sue linee essenziali dalla l. 5 gennaio 1994, n. 36 (la c.d. «legge Galli»). Questa aveva previsto l'istituzione del Comitato di vigilanza sull'uso delle risorse idriche (COVIRI), preposto allo svolgimento di funzioni di regolazione e consultive e sottoposto al controllo del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (MATM). Successivamente, l'art. 9-bis, d.l. 28 aprile 2009, n. 39, convertito dalla l. 24 giugno 2009, n. 77, aveva soppresso il comitato e istituito la Commissione nazionale di vigilanza sulle risorse idriche (CONVIRI), incardinata all'interno del MATM. L'attività di questi organismi è stata molto limitata, perché troppo dipendenti dai controlli ministeriali e privi di adeguate competenze tecniche, ed è stata essenzialmente circoscritta a una prima raccolta di dati utili a impostare un itinerario di regolazione¹².

A tali disfunzioni si aggiunge il fatto che, nelle more dell'adozione del metodo tariffario normalizzato sancito dalla l. n. 36/1994, la determinazione

¹² È quanto colto da M. Atelli, *La qualità del servizio idrico integrato e la sua misurabilità: il ruolo della Co.vi.ri.*, in *L'acqua*, 2011, 9 e da E. Boscolo, *Il modello di regolazione indipendente del settore idrico*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017*, cit., 246.

le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato

dei parametri e dei criteri per la predisposizione delle tariffe è stata rimessa al Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE)¹³. Di conseguenza, nonostante la frenetica evoluzione normativa, la metodologia del CIPE per la fissazione delle tariffe, che doveva avere soltanto un'efficacia transitoria, è rimasta in vigore fino all'entrata in funzione del nuovo modello regolatorio indipendente¹⁴.

Le funzioni della CONVIRI sono state successivamente assegnate prima all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua¹⁵, poi, per effetto del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 224 (c.d. «decreto Salva Italia»), all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG), che, per l'occasione, ha cambiato denominazione, assumendo quella di Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI)¹⁶. Infine, in attuazione della legge di bilancio per il 2018, che le ha attribuito ulteriori competenze nella regolazione del settore dei rifiuti¹⁷, tale Autorità è stata ribattezzata «ARERA», ossia Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente.

All'autorità sono stati trasferiti diversi compiti di regolazione in ambito idrico, che vanno dalla definizione dei livelli minimi e degli obiettivi di qualità del servizio idrico integrato alla predisposizione di convenzioni-tipo per la regolazione dei rapporti tra enti di governo d'ambito e soggetti gestori; dall'emanazione delle direttive in materia di trasparenza contabile alla tutela dei diritti degli utenti¹⁸.

¹³ L'art. 2, c. 3, d.l. 17 marzo 1995, n. 79, convertito dalla l. 17 maggio 1995, n. 172, aveva infatti previsto che: «fino all'entrata in vigore della tariffa fissata dagli articoli 13, 14 e 15 della l. 5 gennaio 1994, n. 36, gli enti gestori del servizio [...] possono elevare le tariffe per le acque provenienti da insediamenti civili e produttivi, in conformità ai parametri ed ai criteri, e nei limiti fissati dal CIPE [...]». Tale disposizione è stata ulteriormente confermata dall'art. 31, c. 29, l. 23 dicembre 1998, n. 448.

¹⁴ Addirittura A.C. Bartoccioni, *Il servizio idrico integrato e le procedure di determinazione delle tariffe dopo il recente risultato del referendum*, in *Gazz. amm.*, 2012, 1, registrava come nel 2011 ancora il trenta per cento della popolazione italiana fosse sottoposta a tale regime tariffario transitorio.

¹⁵ L'agenzia è stata istituita dall'art. 10, c. 11 ss., d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106. Per un inquadramento generale su tale Agenzia, le cui funzioni sono comunque state trasferite quasi subito all'AEEGSI, si rinvia a G. Napolitano, *L'Agenzia per l'acqua*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1077 ss.

¹⁶ Su tutti questi rapidi mutamenti cfr. M.S. Bonomi, *Sistemi settoriali di regolazione dei servizi pubblici locali*, in *La regolazione efficiente dei servizi pubblici locali*, a cura di G. Napolitano e A. Petretto, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 103 ss. (spec. 125 ss.) e L. Nivarra, *Il servizio idrico integrato: evoluzioni e prospettive*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2015, 171 ss.

¹⁷ Art. 1, c. 527-530, l. 27 dicembre 2017, n. 205.

¹⁸ Art. 3, d.P.C. 20 luglio 2012.

La funzione più rilevante, tuttavia, è certamente quella di stabilire e aggiornare la tariffa base del servizio idrico, nonché i parametri di riferimento per la determinazione delle tariffe e le modalità di recupero dei costi sostenuti nell'interesse generale dai gestori del servizio. In particolare, è attribuito al MATTM il compito di definire i criteri che devono essere seguiti dall'autorità nel disciplinare le componenti di costo per la determinazione della tariffa¹⁹, mentre all'autorità spetta definire le componenti dei costi, inclusi i costi finanziari degli investimenti e della gestione, per la determinazione della tariffa, predisporre e rivedere periodicamente il metodo tariffario del servizio e approvare le tariffe proposte dal soggetto competente sulla base del piano d'ambito, impartendo specifiche prescrizioni. Il metodo tariffario predisposto dall'autorità serve poi da base per la definizione e l'approvazione delle tariffe da parte degli enti di governo dell'ambito.

Dall'esame dei poteri dell'autorità risulta evidente che la regolazione delle tariffe serva a molteplici scopi. Essa, innanzitutto, può rafforzare l'assetto industriale del settore idrico, favorendo le aggregazioni e la crescita dimensionale dei gestori²⁰. Può poi costituire una leva valida a colmare il vuoto di investimenti nel servizio e un ottimo strumento per favorire lo sviluppo economico in generale, dato che ogni investimento ha ricadute di carattere occupazionale e un effetto moltiplicatore²¹. La tariffa, inoltre, è lo strumento principale per assicurare la sostenibilità economico-finanziaria delle gestioni del servizio, consentendo di coprire i costi di mantenimento delle infrastrutture e gli oneri di ammortamento. Essa assume poi anche una valenza sociale, in quanto deve essere definita anche in applicazione di principi solidaristici ed equitativi. La tariffa, infine, è funzionale a tutelare il bene acqua dal punto di vista ambientale, dal momento che nelle componenti tariffarie confluiscono anche i costi ambientali.

3. La sostenibilità economico-finanziaria del servizio

La regolazione tariffaria risulta sicuramente di importanza strategica per assicurare al servizio idrico un flusso costante di investimenti. Il settore

¹⁹ Art. 1, c. 1, lett. d) ed e), d.P.C. 20 luglio 2012.

²⁰ Cfr. F. Bassanini, M.R. Mazzola e A. Vigneri, *Una nuova politica industriale dei servizi pubblici locali*, relazione al Convegno "Utilities: il Piccolo non è più Principe? Energia, acqua, rifiuti e infrastrutture: i servizi pubblici locali alla sfida della crescita", organizzato dalla Fondazione Astrid, dalla Fondazione Mezzogiorno Europa e da Federutility, Roma, 14 ottobre 2014.

²¹ In tema si veda *La regolazione dei servizi idrici*, rapporto Astrid, a cura di M.R. Mazzola, Roma, 2013, 13 ss.

le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato

idrico è stato caratterizzato in Italia da una cronica mancanza di interventi, circostanza che negli anni ha aggravato i problemi strutturali dell'obsolescenza delle infrastrutture, degli elevati livelli delle perdite delle reti, delle carenze negli standard qualitativi dell'acqua per uso domestico e del deficit di trattamento dei reflui urbani²². Basti pensare che le dispersioni idriche raggiungono il trentasette per cento dei volumi immessi nella rete, e la situazione è particolarmente critica nel Mezzogiorno, il sette per cento degli italiani è ancora sprovvisto di servizi di fognatura e il ventidue per cento della popolazione non ha accesso a servizi di depurazione²³. In questa prospettiva, la determinazione delle tariffe si pone come uno strumento fondamentale per assicurare flussi costanti di investimenti destinati all'ammodernamento del settore. Il volume di investimenti che bisogna assicurare al sistema idrico italiano, infatti, è tanto ingente che risulta impossibile finanziarlo esclusivamente attraverso la fiscalità generale²⁴.

La prima dimensione delle tariffe che occorre prendere in esame, dunque, è quella legata alla sostenibilità economico-finanziaria del servizio idrico. Il valore delle tariffe, infatti, dovrebbe essere tale sia da consentire una tendenziale corrispondenza tra costi e ricavi, sia da permettere di raggiungere un equilibrato rapporto tra il volume dei finanziamenti raccolti e il capitale investito²⁵. La commisurazione delle tariffe, inoltre, dovrebbe dipendere dai costi di gestione delle opere, tenendo conto anche della qualità del servizio.

²² Per una rassegna dei problemi del settore idrico che necessitano di ingenti investimenti si rinvia a *La riforma della regolazione dei servizi idrici in Italia. L'impatto della riforma: 1994-2011*, a cura di A. Massarutto, Iefe Bocconi, Research paper, n. 9, gennaio 2012, 70 ss.

²³ I dati sono tratti da A. Petretto, *I fondamenti economici della regolamentazione dei mercati dei servizi pubblici locali tramite autorità indipendenti*, in *La regolazione efficiente dei servizi pubblici locali*, cit., 48-49.

²⁴ Sulla correlazione economica che lega gli investimenti alle tariffe del servizio idrico si rinvia a R. Fazioli, *La regolazione tariffaria del servizio idrico in Italia: suggestioni analitiche per una revisione strutturale*, in *L'industria*, 2014, 245 ss.

²⁵ La definizione della tariffa costituisce il principale elemento di sostenibilità dei servizi idrici, specialmente se si considera il progressivo recesso dell'intervento pubblico nelle infrastrutture di rete, come osservato da L. Arnaudo, *Riforma, regolazione, retorica: il caso dei servizi idrici in Italia*, in *L'industria*, 2012, 461 ss. (spec. 467 ss.), il quale chiarisce che il legislatore, tanto con la legge Galli, quanto con il codice dell'ambiente, ha ritenuto percorribile la strada della liberalizzazione del servizio idrico solo a condizione di attirarvi ingenti risorse private. In questa prospettiva, diviene fondamentale che il quadro regolatorio garantisca certezza delle regole nel lungo periodo, affinché il valore della tariffa consenta la bancabilità degli investimenti, come messo in evidenza da A. Tonetti, *Intervento al convegno «La nuova regolazione del servizio idrico»*, Genova, 18 gennaio 2013, in *Rassegna Astrid*, 2013.

Per il perseguimento di tali obiettivi, uno dei principi europei che ha maggiormente influenzato la disciplina relativa alla regolazione delle tariffe del servizio idrico integrato è senza dubbio quello del «recupero dei costi» o *full cost recovery principle*. Previsto fin dall'art. 9, dir. 2000/60/Ce (*Water Framework Directive* o «direttiva acque»), che istituiva un primo quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, tale principio ha trovato una definitiva collocazione nel diritto positivo nazionale per effetto dell'art. 154, c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152²⁶. Questa disposizione, infatti, qualifica la tariffa come il corrispettivo del servizio idrico integrato e stabilisce che essa sia determinata tenendo conto dei livelli qualitativi e dei costi del servizio, secondo i principi del recupero dei costi e del «chi inquina paga» (*polluter pays principle*)²⁷. La qualificazione della tariffa come corrispettivo del servizio, inoltre, aveva trovato una ulteriore conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale aveva avuto modo di mettere in evidenza la struttura sinallagmatica e non tributaria della tariffa idrica²⁸.

Occorre rammentare che, sino al referendum abrogativo parziale del 2011, tra i criteri indicati dall'art. 154 per fissare il valore delle tariffe idriche vi era anche quello della «remunerazione del capitale investito», che consentiva di modulare i proventi tariffari in base agli investimenti compiuti dai gestori, secondo una logica di sostenibilità finanziaria dell'erogazione del servizio²⁹. L'espunzione di tale criterio dalla normativa di riferimento, a seguito della richiamata consultazione referendaria, ha determinato la necessità di

²⁶ Sulle novità introdotte ai fini della gestione del servizio idrico dalla c.d. «direttiva acque» cfr. P. Urbani, *Il recepimento della direttiva comunitaria sulle acque (2000/60): profili istituzionali di un nuovo governo delle acque*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 214 ss. e L. De Vito, *La normativa comunitaria in materia di acque*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 6 maggio 2010.

²⁷ Il principio «chi inquina paga» è comparso dapprima in ambito internazionale (raccomandazione dell'Ocse del 26 maggio 1972, n. 128) e ha trovato poi accoglimento nel diritto comunitario (art. 174 TCE) e in quello dell'Unione europea. All'art. 191, c. 2, TFUE, si sancisce che «la politica dell'Unione in materia ambientale [...] è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"».

²⁸ Cfr., in particolare, C. cost. 10 ottobre 2008, n. 335, che dichiarava l'incostituzionalità parziale sia dell'art. 14, c. 1, l. n. 36/1994, sia dell'art. 155, c. 1, d.lgs. n. 152/2006, nella parte in cui prevedevano che la quota tariffaria riferita al servizio di depurazione fosse dovuta anche nel caso di assenza o di inattività degli impianti di depurazione. A giudizio della Corte, infatti, avendo la tariffa natura di corrispettivo, questa non poteva essere richiesta in mancanza della prestazione alla quale il gestore doveva essere considerato obbligato.

²⁹ Per una disamina dei criteri tariffari e dell'organizzazione del servizio idrico antecedenti al referendum del 2011 si rinvia a M. Benvenuti e E. Gennari, *Il servizio idrico, in I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, a cura di M. Bianco e P. Sestito, Bologna, il Mulino, 2010, 143 ss.

le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato

rivedere i livelli tariffari senza che ciò potesse compromettere l'efficienza del servizio o contraddire il principio del recupero integrale dei costi³⁰.

Nella ricerca del bilanciamento tra queste due opposte esigenze si è adoperata nel tempo l'autorità indipendente di settore (in passato AEEGSI, oggi ARERA). Da una parte, l'autorità ha escluso l'applicazione del requisito della remunerazione del capitale ai fini dell'individuazione delle componenti tariffarie, tanto nel metodo tariffario transitorio valido per gli anni 2012 e 2013, quanto nei regimi tariffari elaborati negli anni successivi³¹. Dall'altra, tuttavia, la medesima autorità ha introdotto nel valore tariffario i costi finanziari, comprendenti quelli derivanti da immobilizzazioni o da investimenti nel capitale proprio, nonché gli oneri fiscali connessi alla gestione del servizio³².

Tale soluzione di compromesso, funzionale a conciliare gli esiti del referendum col principio europeo del *full cost recovery*, è stata confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa. In particolare, il giudice amministrativo, sollecitato da due distinti ricorsi avverso i primi atti tariffari dell'AEEGSI, proposti l'uno dal comitato promotore del referendum del 2011, l'altro da un'associazione di tutela dei consumatori, ha sancito che il metodo tariffario transitorio è coerente con il risultato referendario e che il riconoscimento in tariffa degli oneri finanziari sostenuti dai gestori non si traduce in una riproposizione surrettizia del criterio della remunerazione del capitale investito³³.

³⁰ Sulla disciplina tariffaria del servizio idrico come risultante dal referendum del 2011 si rinvia a: L. Musselli, *I Servizi idrici dopo il referendum: prime considerazioni*, in *federalismi.it*, novembre 2011, n. 21; A. Massarutto, *I conti senza l'oste. Chi pagherà l'acqua dopo il referendum di giugno 2011*, in *Economia dei servizi*, 2011, 232 ss.; S. Marotta, *Le tariffe del servizio idrico integrato dopo il referendum*, in *Munus*, 2012, 657 ss.

³¹ Si tratta della deliberazione dell'AEEGSI n. 585/2012/R/IDR («Regolazione dei servizi idrici: approvazione del metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013»).

³² Per una analisi dei provvedimenti dell'AEEGSI cfr. A. Travi, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 126 ss., secondo il quale l'esito del referendum avrebbe determinato quasi una «riserva implicita» della gestione pubblica del servizio idrico, dato che la remunerazione del capitale investito sarebbe essenziale per assicurare l'iniziativa economica privata nel settore.

³³ Si fa riferimento, in particolare, alle sentenze del TAR Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779 e 780, e a quella del Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2481. In primo grado, il TAR aveva considerato legittimo il metodo tariffario transitorio dell'autorità indipendente, sul presupposto che fosse illogico e irragionevole eliminare qualsiasi riferimento all'impiego del capitale, inteso come costo, dalla regolazione tariffaria, distinguendo, in particolare, tra la nozione di costo-opportunità e quella di profitto. In secondo grado, il Consiglio di Stato ha confermato l'impostazione del giudice di prime cure. Per i commenti a quest'ultima pronuncia si rinvia a: F. Spanicciati, *Il principio di copertura integrale dei costi nella*

Questa soluzione si coordinava meglio anche con l'art. 117, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 ("testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"), che disciplina in generale le modalità di calcolo delle tariffe dei servizi pubblici locali. Tale norma, infatti, prevede espressamente che le tariffe dei servizi pubblici locali debbano assicurare l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della gestione, includendo, tra i criteri di determinazione della tariffa, anche «l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato»³⁴. Come si è visto, in relazione al servizio idrico integrato, tale riferimento era stato abrogato per effetto del referendum. Anche dal punto di vista sistematico, tuttavia, era difficile sostenere che non vi potesse essere alcuna valutazione dei costi sostenuti dai gestori, dal momento che si veniva a creare una netta disparità di trattamento tra gli operatori del settore idrico e quelli degli altri servizi pubblici, ai quali era consentito incamerare la remunerazione degli investimenti tramite tariffe³⁵.

A livello europeo, inoltre, si è ribadita a più riprese la validità del principio del *full cost recovery*. Emblematica, in questo senso, è la «relazione sul riesame della politica europea in materia di carenza idrica e di siccità», contenuta nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo (CESE) e al Comitato delle regioni (CDR) del 14 novembre 2012³⁶. In tale documento, infatti, la Commissione ha precisato che, se le tariffe sono fissate a un livello inferiore al recupero dei costi, il rischio è che possano non essere sufficienti i fondi per gli investimenti necessari a impedire la dispersione delle acque e a conseguire obiettivi di carattere ambientale³⁷.

tariffazione del servizio idrico integrato, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 213 ss.; A. Salvato, *Il giusto equilibrio tra la tariffa ed il valore del servizio idrico*, in *Mumus*, 2017, 727 ss.; M. Della Morte, *Il servizio idrico integrato al Consiglio di Stato: modulazione o svilimento dell'esito referendario?*, in *Quad. cost.*, 2017, 639 ss.

³⁴ Art. 117, c. 1, lett. d), d.lgs. n. 267/2000.

³⁵ Sui problemi connessi alla determinazione delle tariffe a seguito del referendum del 2011 cfr. F. Caporale, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, Milano, FrancoAngeli, 2017, 238 ss. Si consideri, inoltre, che il testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, adottato solo in via preliminare in attuazione della delega contenuta nella l. n. 124/2015, e poi naufragato a seguito della sentenza C. cost. n. 251/2016, come già osservato nel par. 1, prevedeva anch'esso, all'art. 24, c. 1, che «gli enti affidanti definiscono le tariffe dei servizi in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della gestione».

³⁶ Si tratta della Comunicazione Ue COM(2012)672.

³⁷ Per questo motivo, nel punto 4.3 della Comunicazione Ue COM(2012)672, la Commissione raccomandava che «[...] dove non esistono tariffe, è necessario adottarle, è

le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato

In questa prospettiva, l'AEEGSI ha successivamente approvato le norme di un nuovo Metodo tariffario idrico (MTI). In particolare, si segnalano la deliberazione 643/2013/R/IDR, relativa alle tariffe per gli anni 2014 e 2015, e la deliberazione 664/2015/R/IDR, riguardante il quadriennio 2016-2019. Tale metodo si basa sui principi del *full cost recovery* e del *revenue cap*, in virtù del quale si pone un vincolo alla crescita dei ricavi del gestore³⁸. Le componenti di costo riconosciute in tariffa riprendono, sotto molti aspetti, quelle del precedente metodo transitorio, essendo inclusi gli oneri finanziari e fiscali, le quote di ammortamento degli investimenti, le spese di gestione, l'anticipazione per il finanziamento di nuovi investimenti³⁹.

Le novità principali sono rappresentate dalla previsione di un «fondo nuovi investimenti», alimentato dai ricavi del gestore, una quota del quale è destinato esclusivamente alla realizzazione di investimenti ritenuti prioritari nel territorio di riferimento o al finanziamento di agevolazioni tariffarie a carattere sociale⁴⁰, e dalla facoltà prevista in capo ai gestori di avvalersi di una differente valorizzazione dei costi operativi ad opera dell'ente d'ambito, nei casi di rilevanti miglioramenti dei livelli qualitativi dei servizi erogati, di integrazione tra gestioni di dimensioni significative o di integrazione di gestioni d'ambito⁴¹.

Nel quadro della sostenibilità economico-finanziaria del servizio idrico integrato, inoltre, ha assunto un rilievo fondamentale la convenzione tipo per la regolazione dei rapporti tra enti affidanti e gestori del servizio stesso, adottata dall'autorità ai sensi dell'art. 151, d.lgs. n. 152/2006, con deliberazione 23 dicembre 2015 656/2015/R/IDR. Tale convenzione, infatti, ha stabilito espressamente la possibilità di intervenire sulla rimodulazione della tariffa idrica, quando ciò sia necessario per affrontare circostanze straordinarie ed eccezionali, non prevedibili al momento della predisposizione della tariffa e tali da compromettere l'equilibrio economico-finanziario del ge-

necessario promuovere tariffe basate sul consumo idrico, il ruolo dei canoni e delle tasse per l'estrazione deve essere ampliato in modo che i costi ambientali e delle risorse siano contabilizzati nelle decisioni degli utilizzatori dell'acqua».

³⁸ Infatti, attraverso la *revenue cap regulation*, che si può considerare come una versione del meccanismo di *price-cap*, è fissato un tetto massimo di ricavi ottenibile dal gestore nel corso di un anno. Cfr. L. Danesi, M. Passarelli e P. Peruzzi, *La riforma dei servizi idrici: la regolazione locale, il contratto e gli incentivi*, in *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, a cura di G. Canitano, D. Di Laurea e N. Doni, Milano, FrancoAngeli, 2007, 259 ss. (spec. 267).

³⁹ Cfr. art. 3.1, allegato A, deliberazione 643/2013/R/IDR.

⁴⁰ Cfr. art. 22.1, allegato A, deliberazione 643/2013/R/IDR e art. 20.1, allegato A, deliberazione 664/2015/R/IDR.

⁴¹ Cfr. art. 23.5, lett. a), b), c) e d), allegato A, deliberazione 664/2015/R/IDR.

store⁴². Qualora ricorrano tali presupposti, il gestore può presentare all'ente di governo dell'ambito l'istanza di riequilibrio, che deve contenere l'indicazione puntuale delle cause che fanno venire meno l'equilibrio economico-finanziario, la sua quantificazione, la proposta delle misure di riequilibrio da adottare e l'illustrazione delle ragioni per le quali i fattori che hanno determinato lo squilibrio non erano conosciuti o conoscibili al momento della predisposizione delle tariffe⁴³. Tra le misure di riequilibrio del rapporto di gestione può essere proposta anche la revisione delle tariffe, con particolare riferimento ai costi di morosità, all'allocazione temporale dei conguagli, alla rideterminazione del deposito cauzionale, alla modifica dell'articolazione tariffaria e alla rimodulazione del pagamento di canoni e mutui⁴⁴. Dal punto di vista procedurale, la proposta è presentata dal gestore all'ente di governo dell'ambito, il quale comunica la propria determinazione motivata all'autorità di settore, cui spetta di decidere in via definitiva sull'approvazione delle misure⁴⁵.

Successivamente, negli ultimi mesi del 2019, l'ARERA ha poi concluso la consultazione sul nuovo metodo tariffario per il terzo periodo regolatorio, che copre l'arco temporale del quadriennio 2020-2023⁴⁶. In particolare, dai documenti oggetto di consultazione si evince che il valore degli investimenti nel servizio idrico, grazie alla regolazione tariffaria indipendente, è cresciuto da 1,3 miliardi di euro nel 2012 a 3,5 miliardi di euro nel 2019⁴⁷. Il 27 dicembre 2019, l'autorità ha approvato il nuovo metodo tariffario idrico con deliberazione 580/2019/R/IDR, nel quale si confermano le componenti tariffarie dei periodi precedenti.

Si segnalano, ad ogni modo, alcuni importanti cambiamenti. Si stabilisce, infatti, che eventuali aumenti tariffari sono possibili solo a seguito di investimenti effettivamente realizzati o di miglioramenti certificati nella gestione, confermandosi, allo stesso tempo, un tetto agli aumenti, differenziato in ragione sia dei costi operativi della gestione, sia dei ricavi per abitante servito.

⁴² È quanto espressamente sancito dall'art. 9.1, allegato A, deliberazione AEEGSI (oggi ARERA) 23 dicembre 2015 656/2015/R/IDR.

⁴³ Art. 9.2, allegato A, deliberazione AEEGSI (oggi ARERA) 23 dicembre 2015 656/2015/R/IDR.

⁴⁴ Art. 10.1, allegato A, deliberazione AEEGSI (oggi ARERA) 23 dicembre 2015 656/2015/R/IDR.

⁴⁵ Art. 11.1 e 2, allegato A, deliberazione AEEGSI (oggi ARERA) 23 dicembre 2015 656/2015/R/IDR.

⁴⁶ Si veda il documento di consultazione ARERA 402/2019/R/IDR.

⁴⁷ Cfr. punto 2.2. del documento di consultazione ARERA 402/2019/R/IDR.

le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato

Viene introdotto, inoltre, il piano per le opere strategiche, uno strumento attraverso il quale l'ente di governo dell'ambito indica gli interventi infrastrutturali dedicati ad opere complesse con vita utile superiore ai venti anni e considerate prioritarie per garantire la qualità del servizio agli utenti. In particolare, nel piano, che può raccogliere le opere previste dal 2020 al 2027, devono trovare espressa indicazione il cronoprogramma degli interventi e i contributi pubblici eventualmente disponibili.

4. L'inclusione sociale

Se la regolazione tariffaria è fondamentale come leva per gli investimenti e per la garanzia di alti livelli qualitativi del servizio idrico, altrettanto importante essa risulta come strumento per perseguire fini di carattere sociale. Tali obiettivi, in realtà, non sono mai stati estranei alla natura giuridica di servizio pubblico locale del settore idrico⁴⁸. Come gli altri servizi pubblici locali, infatti, anche il servizio idrico è rivolto a realizzare scopi sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali⁴⁹. Le riforme che hanno liberalizzato il servizio, scindendo l'attività di gestione dalla proprietà delle reti, non solo non hanno fatto venire meno gli obblighi di natura sociale connessi al servizio idrico, ma hanno anche imposto l'individuazione di strumenti ulteriori per fare in modo che le imprese, pur in un contesto concorrenziale, assicurino prestazioni agli utenti che vivono in condizioni di marginalità sociale ed economica⁵⁰.

In questa prospettiva, la regolazione tariffaria diviene rilevante anche con riferimento a temi sociali e redistributivi, come quello della gratuità del servizio entro livelli minimi essenziali. La composizione della tariffa, dunque, deve tenere conto dei bisogni dei cittadini, assumendo così un ruolo sociale

⁴⁸ Per una ricostruzione del servizio idrico nel contesto dei servizi pubblici locali si veda M.A. Sandulli, *Il servizio idrico integrato*, in *federalismi.it*, 16 febbraio 2011.

⁴⁹ Come recita, in generale per tutti i servizi pubblici locali, l'art. 112, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. In tema di servizi pubblici locali si vedano F. Bovini, *Profilo storico-giuridico dei servizi pubblici locali*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, Torino, Giappichelli, 2008, 21 ss.; R. Villata, *Pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 2008; G. Piperata, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 5527 ss.; M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit. 2581 ss.; A. Massera, *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici: verso una nuova stagione?*, in *Il diritto amministrativo dei paesi europei, tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di G. Falcon, Padova, Cedam, 2005, 169 ss.

⁵⁰ In tema di liberalizzazioni e servizi pubblici locali si rinvia a F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 93 ss. e a G. Piperata, *Liberalizzazioni e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *Dir. lav. mer.*, 2015, 1 ss.

destinato a sciogliere le tensioni tra la gestione economica del servizio idrico e il diritto di accesso all'acqua da parte dei singoli. L'obiettivo, infatti, è garantire che gli interventi a favore degli utenti in condizioni di bisogno siano finanziati non più dalla fiscalità generale, bensì da modelli tariffari in grado di conciliare la sostenibilità economica del servizio con il soddisfacimento delle necessità fondamentali.

Rilevanti disposizioni in materia sono state introdotte dalla l. 28 dicembre 2015, n. 221 («Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali») ⁵¹. Innanzitutto, si stabilisce che una specifica componente della tariffa del servizio idrico, determinata dall'autorità e indicata separatamente in bolletta, sia destinata ad alimentare il Fondo di garanzia per il settore idrico, istituito presso la Cassa conguaglio per il settore elettrico ⁵².

Si dispone, inoltre, che l'autorità, sentiti gli enti di ambito, assicuri agli utenti domestici del servizio idrico che versino in condizioni economico-sociali disagiate l'accesso a condizioni agevolate alla fornitura della quantità di acqua necessaria per il soddisfacimento dei bisogni fondamentali, sulla base dei criteri stabiliti da un decreto del presidente del Consiglio ⁵³. Al fine di assicurare la copertura dei conseguenti oneri, l'autorità è tenuta ad articolare le tariffe per fasce di consumo o per uso, determinando i criteri e le modalità per il riconoscimento delle agevolazioni ⁵⁴. In attuazione della previsione legislativa è stato emanato il d.P.C. 13 ottobre 2016, che stabilisce la tariffa sociale del servizio idrico integrato. Tale decreto fissa il quantitativo minimo di acqua necessario al soddisfacimento dei bisogni essenziali in cinquanta litri per abitante al giorno e disciplina una tariffa agevolata e un bonus acqua per tutti gli utenti di cui sono accertate le condizioni di disagio economico-sociale.

La l. n. 221/2015, infine, attribuisce all'autorità, nell'esercizio delle proprie competenze di regolazione e sulla base dei principi e dei criteri definiti con un apposito decreto del presidente del Consiglio, il potere di adottare direttive per il contenimento della morosità degli utenti del servizio idrico integrato ⁵⁵. All'autorità è anche demandata la definizione delle procedure

⁵¹ Per una analisi della normativa, anche con riferimento agli orientamenti giurisprudenziali precedenti relativi ai livelli minimi giornalieri di fornitura di acqua, cfr. A. Cauduro, *La fornitura del quantitativo minimo vitale di acqua*, in *Dir. amm.*, 2017, 837 ss.

⁵² Art. 58, l. n. 221/2015.

⁵³ Art. 60, c. 1, l. n. 221/2015.

⁵⁴ Art. 60, c. 2, l. n. 221/2015.

⁵⁵ Art. 61, c. 1, l. n. 221/2015.

le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato

per la gestione della morosità e per la sospensione della fornitura⁵⁶. In applicazione della normativa primaria, il d.P.C. 29 agosto 2016 stabilisce che l'autorità debba definire le direttive per il contenimento della morosità dei principi di uguaglianza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, sostenibilità economico-finanziaria della tariffa e copertura dei costi efficienti del servizio, degli investimenti e dei costi ambientali⁵⁷. Il decreto, inoltre, specifica che in nessun caso è consentita l'interruzione del servizio nei confronti degli utenti domestici che comprovino uno stato di disagio economico-sociale, ai quali è comunque garantito il quantitativo minimo vitale di cinquanta litri di acqua al giorno, e delle utenze relative ad attività di servizio pubblico⁵⁸.

In coerenza con tali evoluzioni normative, l'autorità ha adottato una serie di atti che hanno via via incorporato diversi profili sociali all'interno dei valori tariffari. In primo luogo, nel 2017, l'autorità ha approvato il testo integrato delle modalità applicative del bonus sociale idrico per la fornitura di acqua agli utenti domestici economicamente disagiati⁵⁹. Il testo, già più volte modificato per tenere conto di ulteriori novità legislative nel campo del *welfare*⁶⁰, dispone che possa essere riconosciuto, per un periodo rinnovabile di dodici mesi, un bonus per la fornitura di acqua e dei servizi di fognatura e di depurazione in favore di chi si trovi in condizioni di disagio economico-sociale e di chi percepisca il reddito o la pensione di cittadinanza⁶¹. In particolare, l'autorità impone a ciascun gestore del servizio idrico di erogare gratuitamente il minimo vitale di quantità d'acqua al giorno per ogni componente della famiglia anagrafica⁶².

In secondo luogo, nel 2019, l'autorità ha introdotto la regolamentazione della morosità nel servizio idrico integrato, definendo tempi e mo-

⁵⁶ Art. 61, c. 2, l. n. 221/2015.

⁵⁷ Art. 1, c. 1, d.P.C. 29 agosto 2016.

⁵⁸ Art. 3, c. 1, lett. a) e b), d.P.C. 29 agosto 2016.

⁵⁹ Si veda la deliberazione ARERA 897/2017/R/IDR del 21 dicembre 2017.

⁶⁰ Si fa riferimento alle successive deliberazioni dell'ARERA (227/2018/R/IDR, 165/2019/R/COM e 3/2020/R/IDR) che hanno modificato e integrato il testo, anche alla luce dell'art. 57-bis, c. 4, d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito dalla l. 19 dicembre 2019, n. 157, che ha imposto di considerare, ai fini del bonus, anche gli oneri derivanti dai servizi di fognatura e depurazione.

⁶¹ Art. 2, allegato A, deliberazione ARERA 897/2017/R/IDR.

⁶² Artt. 5-6, allegato A, deliberazione ARERA 897/2017/R/IDR. È sempre possibile, inoltre, che l'ente di governo d'ambito territorialmente competente, di intesa con il gestore, mantenga agevolazioni migliorative locali o introduca condizioni di miglior favore nella propria area, a integrazione del bonus sociale idrico nazionale (art. 8, allegato A, deliberazione ARERA 897/2017/R/IDR).

dalità standard per la costituzione in mora, la rateizzazione degli importi, la sospensione della fornitura e la risoluzione del contratto, e salvaguardando, al contempo, le utenze vulnerabili e quelle pubbliche non disalimentabili⁶³. In particolare, nei casi di morosità delle utenze domestiche non vulnerabili, ossia quelle che non versano in condizioni socio-economiche di sofferenza, la fornitura del servizio può essere sospesa solamente dopo il mancato pagamento di fatture per importi superiori al corrispettivo annuo dovuto per la fascia di consumo agevolato⁶⁴. Al contrario, in presenza di morosità da parte di utenti in condizioni di documentato disagio economico o di utenze legate allo svolgimento di servizi pubblici, il gestore non può disattivare il servizio, ma può limitare l'erogazione di acqua, in ogni caso assicurando il quantitativo minimo vitale⁶⁵.

5. La difesa della risorsa

Oltre ai profili economici e sociali, la tariffa idrica comprende anche la dimensione di tutela ambientale. Non vi è dubbio, infatti, che una delle funzioni del sistema tariffario sia anche quella di difendere la risorsa idrica, intesa come *common-pool resource*, ossia un bene la cui disponibilità dipende da uno sfruttamento intelligente e sostenibile⁶⁶.

La tutela ambientale in materia di acque è raggiunta innanzitutto con una puntuale organizzazione del servizio idrico e delle competenze di pianificazione. In attuazione della «direttiva acque» del 2000, infatti, gli artt. 76 ss., d.lgs. n. 152/2006 stabiliscono obiettivi di qualità ambientali a cui il servizio idrico deve mirare. In questa prospettiva, si prevede un sistema di pianificazione dell'impiego delle acque, allo scopo di evitare impatti negativi sulla qualità delle stesse e di consentire un consumo idrico sostenibile⁶⁷, articolata su due livelli: i piani distrettuali di bacino, adottati dalle autorità di bacino, e i piani di tutela, adottati dalle regioni dopo apposita interlocuzione con le autorità di bacino⁶⁸.

⁶³ La regolamentazione è stata approvata con deliberazione ARERA 311/2019/R/IDR.

⁶⁴ Art. 7, allegato A, deliberazione ARERA 311/2019/R/IDR.

⁶⁵ Art. 8, allegato A, deliberazione ARERA 311/2019/R/IDR.

⁶⁶ Sulla nozione di *common-pool resource* si può rinviare a E. Ostrom, *The Challenge of Common-Pool Resources*, in *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 2008, 50, 8 ss.

⁶⁷ Cfr. art. 95, d.lgs. n. 152/2006.

⁶⁸ Per un'analisi dell'attuale assetto della disciplina a difesa delle risorse idriche e del suolo si rinvia a M.A. Sandulli, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse*

le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato

I primi costituiscono la cornice generale di pianificazione della gestione delle acque, in cui sono previste le azioni e le norme d'uso finalizzate a difendere la risorsa idrica e a garantirne la conservazione, sulla base delle caratteristiche fisiche del territorio interessato⁶⁹. Tali piani presentano numerosi contenuti, come il quadro conoscitivo relativo all'uso dei suoli e delle acque nell'area di riferimento, le direttive utili alla sistemazione idrogeologica e idraulica, l'indicazione delle opere necessarie per prevenire i pericoli di frane, smottamenti e fenomeni di siccità⁷⁰. Essi sono poi completati dai piani di gestione, che rappresentano uno stralcio, ossia un'articolazione interna dei piani di bacino, sempre approvati dalle medesime autorità, in cui si descrivono le caratteristiche generali del bacino, con riferimento alle acque superficiali e a quelle sotterranee, si delinea una sintesi degli impatti delle attività umane sulle risorse idriche e si stabiliscono obiettivi di qualità⁷¹.

I secondi sono piani di settore che hanno la funzione di integrare i piani di bacino, con cui devono essere coordinati, e che contengono, tra l'altro, misure volte all'individuazione degli obiettivi di qualità ambientale, delle aree che richiedono interventi di prevenzione dell'inquinamento o di risanamento, degli strumenti di tutela qualitativa e degli interventi di bonifica⁷². Tali piani sono approvati all'esito di un complesso procedimento, articolato in più fasi. Innanzitutto, le autorità di bacino, nel contesto della loro attività di pianificazione e sentite le province e gli enti di governo dell'ambito, definiscono gli obiettivi su scala di distretto ai quali devono attenersi i piani di tutela delle acque⁷³. Successivamente le regioni, sentite le province, adottano il piano di tutela delle acque e lo trasmettono al MATTM, nonché alle competenti autorità di bacino⁷⁴. Queste ultime devono verificare la conformità del piano agli atti di pianificazione iniziali, esprimendo parere vincolante.

idriche, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 4, 291 ss., la quale mette in evidenza come il tema della difesa delle risorse idriche sia all'ordine del giorno, in ambito internazionale, europeo e nazionale, anche a causa dell'emergenza connessa ai recenti cambiamenti climatici.

⁶⁹ Cfr. art. 65, c. 1, d.lgs. n. 152/2006. Sulle ulteriori caratteristiche dei piani si rinvia a F.C. Rampulla e L.P. Tronconi, *Il modello di amministrazione delle acque*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 755 ss.

⁷⁰ Cfr. art. 65, c. 3, d.lgs. n. 152/2006. Sulle connessioni tra la difesa del suolo e la tutela delle risorse idriche si rinvia a S. Cimini e R. Di Pace, *La gestione delle risorse idriche e la tutela del suolo dal rischio idrogeologico*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di R. Ferrara e M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2014, 521 ss. (spec. 546 ss.) e ad A. Fari e E. Fidelbo, *Difesa del suolo e tutela delle acque*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, Giappichelli, 2017, 363 ss.

⁷¹ Cfr. art. 117 e Parte A, allegato 4, Parte III, d.lgs. n. 152/2006.

⁷² Come previsto dall'art. 121, c. 4, d.lgs. n. 152/2006.

⁷³ Art. 121, c. 2, d.lgs. n. 152/2006.

⁷⁴ *Ibidem*.

Espletata tale verifica, infine, le regioni approvano il piano di tutela entro un termine stabilito dalla legge⁷⁵.

Alla tutela ambientale delle acque perseguita tramite la pianificazione si affianca la disciplina tariffaria relativa alla protezione della risorsa idrica. Fin dai primi provvedimenti europei, infatti, si sancisce che la tariffa idrica venga impiegata anche per coprire i costi ambientali, ossia quelli legati ai danni che l'utilizzo stesso delle risorse idriche causa all'ambiente o agli ecosistemi, come la riduzione della qualità ecologica degli ecosistemi acquatici o la salinizzazione e degradazione di terreni produttivi⁷⁶. Nel 2019, inoltre, la Commissione europea ha diffuso la relazione sui risultati ottenuti in materia di tutela delle acque, specialmente sotto il profilo della pianificazione idrografica realizzata negli Stati membri⁷⁷. La Commissione ha osservato come una corretta gestione delle acque dal punto di vista della compatibilità ambientale non possa prescindere dalle politiche tariffarie e ha constatato che alcuni Stati membri abbiano compiuto progressi per quanto concerne la definizione dei servizi idrici, il calcolo dei costi finanziari, la misurazione, l'esecuzione di analisi economiche e la valutazione sia dei costi ambientali sia dei costi delle risorse nel computo degli importi derivanti dal recupero dei costi per i servizi idrici⁷⁸.

Nell'ordinamento nazionale, sin dall'istituzione dell'Agenzia per l'acqua, si stabilisce che la determinazione del metodo tariffario avvenga anche sulla base dei costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi e il principio «chi inquina paga»⁷⁹. Successivamente, con regolamento del MATM, si fissano i criteri per l'individuazione analitica dei costi ambientali (*environmental and resource costs*)⁸⁰.

⁷⁵ Art. 121, c. 5, d.lgs. n. 152/2006. La Corte costituzionale ha più volte precisato che tale procedimento, definito dall'art. 121, d.lgs. n. 152/2006, non può essere in alcun modo derogato dalla legislazione regionale, in quanto il piano di tutela «costituisce strumento fondamentale di programmazione, attuazione e controllo [...] per l'individuazione degli obiettivi minimi di qualità ambientale per i corpi idrici», la cui disciplina rientra nella competenza legislativa statale in materia di tutela dell'ambiente» (C. cost. 21 giugno 2019, n. 153, che richiama anche precedenti pronunce, come C. cost. 11 febbraio 2011, n. 44, 30 luglio 2009, n. 254, 24 luglio 2009, n. 246 e n. 251, 23 luglio 2009, n. 232).

⁷⁶ Sul punto si veda la Comunicazione della Commissione europea del 26 luglio 2000, COM(2000)477.

⁷⁷ Si tratta della «Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente l'attuazione della direttiva quadro sulle acque (2000/60/Ce) e della direttiva sulle alluvioni (2007/60/Ce)» del 26 febbraio 2019.

⁷⁸ Cfr., in particolare, il punto 4.1 della relazione.

⁷⁹ Cfr. art. 10, c. 14, d.l. n. 70/2011.

⁸⁰ Si fa riferimento al decreto del MATM del 24 febbraio 2015, n. 39, contenente il

Le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato

Tali costi derivano dalla riduzione e/o alterazione delle funzionalità proprie degli ecosistemi acquatici e sono tali da danneggiare il funzionamento degli ecosistemi acquatici stessi o alcuni usi degli ecosistemi acquatici o il benessere derivante dal mancato uso di una certa risorsa.

In conseguenza di tali disposizioni, l'autorità ha costantemente imposto l'internalizzazione di tali oneri ambientali, confermandoli ulteriormente nel nuovo metodo tariffario idrico per il quadriennio 2020-2023⁸¹. È chiaro che la regolazione tariffaria, in questa ottica, miri essenzialmente a promuovere un uso razionale delle acque, favorendo un risparmio nell'uso della risorsa e puntando a minimizzare gli sprechi, specialmente in ambito domestico, per il tramite di costi che diventano veri e propri disincentivi per gli utenti.

6. Le dimensioni della tariffa idrica

Nella tariffa idrica, dunque, convivono alcune distinte dimensioni, come quella economica, quella sociale e quella ambientale. Si tratta di profili strettamente connessi agli interessi pubblici rilevanti nel settore idrico, attinenti rispettivamente all'equilibrio economico-finanziario delle gestioni, alla necessità di garantire un accesso il più ampio possibile e universale al servizio e alla circostanza di proteggere l'acqua in quanto bene fondamentale per la vita, ma esauribile. Si tratta di profili sicuramente riscontrabili, in una certa misura, anche in altri servizi di interesse economico-generale, ma che assumono un rilievo fondamentale nel servizio idrico integrato, essendo l'acqua un bene primario indispensabile⁸².

Coerentemente con queste peculiarità tipiche del servizio idrico, la regolazione tariffaria tiene conto degli oneri sostenuti dai gestori del servi-

regolamento recante i criteri per la definizione del costo ambientale e del costo della risorsa per i vari settori d'impiego dell'acqua.

⁸¹ Cfr. artt. 24-25, allegato A, deliberazione ARERA 580/2019/R/IDR.

⁸² Sulla nozione di servizi di interesse economico-generale, così come riconosciuti in ambito europeo dagli artt. 14 e 106, c. 2, TFUE, nonché dall'art. 36, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cfr., *ex multis*, F. Cintioli, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 453 ss.; L. Bertozzi e R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, IV, Milano, Giuffrè, 2007, pt. s., 1791 ss.; G. Napolitano, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 33 ss.; F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313 ss.; D. Sorace, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1 ss.

zio, commisurando il valore delle tariffe alla copertura dei costi di gestione delle opere e di quelli di ammortamento. Essa, inoltre, chiarisce che la spesa sostenuta dagli utenti per la fruizione del servizio è il risultato di un preciso obbligo contrattuale ma non esclude che vi possano essere utenze in condizioni di marginalità sociale ed economica. A questo scopo, gli utenti sono distinti in differenti categorie in base alle quali si può modulare il valore delle tariffe. Di volta in volta possono essere previste agevolazioni, riduzioni, esenzioni o, al contrario, maggiorazioni tariffarie, giustificate o dalle caratteristiche soggettive degli utenti o dall'uso che gli utenti fanno del bene fornito attraverso il servizio pubblico.

La regolazione tariffaria, infine, non può non ricomprendere l'ottica ambientale, prevedendo disincentivi all'uso scorretto o eccessivo delle risorse idriche nella forma di veri e propri costi ambientali che devono essere compensati, dato che si priva la collettività di un bene essenziale. Risulta evidente, dunque, come la determinazione delle tariffe rappresenti uno degli aspetti più delicati della regolamentazione idrica, dovendo le tariffe soddisfare una varietà di interessi, rispondere a molteplici esigenze, rappresentare una fonte di guadagno per i gestori ed essere adeguate ai bisogni degli utenti e alle necessità ambientali.

Da tutto ciò deriva che l'entità del corrispettivo tariffario non può che essere il risultato di un bilanciamento tra interessi raggiunto per il tramite di interventi di regolazione indipendente, che necessitano di una autorità di settore in grado di sostenere le sfide tecniche poste dalla determinazione dei valori tariffari⁸³.

Ciò non significa che non vi siano ancora problemi aperti. Innanzitutto, occorre osservare che tra i principali parametri di calcolo della tariffa idrica quello relativo alla sostenibilità economico-finanziaria del servizio sembra avere di gran lunga il sopravvento sugli altri. Inoltre, la necessità di investimenti nel settore sembra non più rinviabile. L'Italia, infatti, è il paese dell'Unione europea col più alto prelievo di acqua potabile in termini assoluti, ma quasi la metà del volume di acqua prelevata non raggiunge gli utenti finali a causa delle dispersioni idriche complessive nei sistemi di adduzione e distribuzione comunale dell'acqua potabile, con le perdite peggiori registrate in Basilicata, Sardegna, Lazio e Sicilia⁸⁴. Dal punto di vista degli inve-

⁸³ Come messo in evidenza da L. Saltari, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 249 ss. (spec. 283 ss.).

⁸⁴ Si tratta di dati ricavati da Istat, *Rapporto sul territorio 2020. Ambiente, economia e società*, disponibile online all'indirizzo web www.istat.it/it/archivio/240989. In questo rapporto (48 ss.), con riferimento all'anno 2015, si stima che, a fronte di 8,32 miliardi di metri

le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato

stimenti idrici, dunque, l'Italia sembra ancora divisa a metà, con la stragrande maggioranza di investimenti concentrati al Nord. Infine, le varie dimensioni della tariffa idrica possono essere adeguatamente valorizzate solo attraverso un rafforzamento della *governance* del servizio idrico integrato. Specialmente nel Mezzogiorno, infatti, permangono gravi inefficienze del servizio, dovute in parte alle caratteristiche idrografiche del territorio, in parte alla presenza di gestioni dirette da parte degli enti locali, che faticano a garantire gli interventi adeguati per mancanza di risorse finanziarie e limitate capacità tecniche e organizzative.

Abstract

The article examines the main features of the water service tariff, taking into consideration the evolution of administrative competences and exploring the different functions of water tariffs. It describes the different elements of the water service tariff, which ensure the economic-financial sustainability of the service, taking into account the legal changes and analyzing the regulations adopted by the Italian independent authority. The social inclusion elements, included in the tariff models, are described through the analysis of the most recent administrative regulations regarding the social water bonus. In the water service tariff, it is also possible to find a dimension of environmental protection, which is taken into account. Finally, it is analyzed the possible future evolution of the water tariff model.

cubi d'acqua immessi in rete, siano stati effettivamente erogati solo 4,87 miliardi di metri cubi, con perdite complessive che ammontano a 3,45 miliardi di metri cubi d'acqua.

ARTICOLI

ROCCO STEFFENONI

LA RESISTIBILE ASCESA DELL'ILLECITO ANTITRUST COME CAUSA DI ESCLUSIONE NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La progressiva assimilazione dell'illecito antitrust quale “grave illecito professionale”. – 2.1. L'orientamento della giurisprudenza nazionale ed europea. – 2.2. L'orientamento delle prescrizioni di *soft law* delle Autorità indipendenti. – 3. Gli effetti delle sanzioni antitrust nel settore degli appalti pubblici. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Al fine di partecipare ad una gara pubblica, la legge disciplina i requisiti di ordine generale che un operatore economico deve possedere, senza soluzione di continuità, nel corso del procedimento selettivo e del rapporto contrattuale che ne consegue¹. Per la valutazione di tali circostanze, volte a consentire all'amministrazione di valutare globalmente l'integrità e l'affidabilità professionale di un'impresa concorrente, sussistono specifici obblighi informativi in capo agli operatori economici nei confronti della stazione appaltante, tra cui rileva anche l'aver commesso un «grave illecito professionale» ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (“codice appalti”)². A fronte della violazione di tale requisito, infatti, la stazione appaltante ha facoltà di procedere con l'esclusione del concorrente da una gara.

In tema, merita una particolare attenzione la vicenda relativa alla progressiva assimilazione della sanzione antitrust quale “grave illecito professiona-

¹ Si tratta dei “motivi di esclusione” indicati all'art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come precedentemente indicati all'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Sul principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara non solo della procedura di aggiudicazione, ma anche del rapporto con la stazione appaltante, Cons. St., ad. plen., 29 febbraio 2016, nn. 5 e 6; da ultimo, TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 ottobre 2019, n. 12106.

² In particolare, per “illecito professionale” si intende «qualsiasi condotta gravemente scorretta dal punto di vista professionale in grado di incidere sulla credibilità professionale dell'operatore economico» (TAR Lazio, Roma, sez. II, 13 febbraio 2019, n. 1931).

le”, prima ad opera della giurisprudenza, poi seguita delle disposizioni di “soft law” dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (“ANAC”), e, da ultimo, anche da parte del legislatore europeo. Eppure, la formulazione del legislatore italiano sul punto rimane ad oggi aperta e priva di carattere tassativo³, senza che vi sia quindi un rinvio espresso all’illecito antitrust quale causa di esclusione. In tal modo, non solo l’impresa interessata da un accertamento antitrust viene sanzionata a livello amministrativo, ma per i soli soggetti sanzionati che operano nel mercato delle pubbliche commesse vi è l’ulteriore conseguenza “riflessa” della astratta possibilità che tale condotta anticoncorrenziale venga qualificata come sufficientemente grave da rompere l’elemento fiduciario con l’amministrazione e quindi precludere la possibilità di concorrere alla gara⁴.

Tale ricostruzione presenta tuttavia elementi di problematicità in relazione al principio di legalità che dovrebbe caratterizzare il perimetro delle cause di esclusione dalle gare e della rilevanza giuridica delle circostanze escludenti. Del resto, la qualificazione dell’illecito antitrust quale “grave illecito professionale” non è priva di significative conseguenze: essa comporta per la stazione appaltante una valutazione complessa di natura discrezionale, cui segue un obbligo di motivazione puntuale e rafforzato; mentre per l’operatore economico può determinare un effetto temporaneo di carattere sostanzialmente escludente, se non di fatto inabilitante o interdittivo, dal mercato delle commesse pubbliche. Questo effetto ostativo incide direttamente sulla sostanziale capacità imprenditoriale di un operatore economico a contrarre ovvero a partecipare alle gare pubbliche, non solo individualmente ma specialmente in forma aggregata. Infatti, il rischio di una eventuale esclusione dell’intero raggruppamento a causa di un “grave illecito professionale” di un suo componente può avere significativi effetti di mercato nella scelta dei soggetti con cui interagire commercialmente.

In merito all’illecito antitrust e alle sue conseguenze, vi sono nella giurisprudenza due orientamenti di difficile conciliazione. Se da un lato emerge

³ *Ex multis*, Cons. St., sez.V, 2 marzo 2018, n. 1299; TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 22 dicembre 2017, n. 12640, che si riferisce all’art. 38, c. 1, lett. *f*), d.lgs. n. 163/2006, come ad una «tipica formula giuridica aperta». Similmente, si veda anche il commento (poi non accolto) di inserire l’inciso «e comunque in via non esaustiva» all’art. 80, c. 13, codice appalti, Cons. St., comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855, 103.

⁴ Peralto, si ritiene che il rafforzamento delle garanzie sugli operatori economici nel mercato dei contratti pubblici, sia in termini di integrità morale sia di affidabilità professionale, si giustifichi in ragione del principio di fiscalità generale, oltre che delle necessità pro concorrenziali nell’accesso ad un bene scarso. In altri termini, «in tali procedure [ad evidenza pubblica] viene distribuita gran parte dei flussi finanziari pubblici reperiti attraverso il prelievo fiscale e gli altri strumenti di finanza pubblica e che costituiscono per gli operatori privati una parte significativa delle risorse disponibili sul mercato» (Cons. St., sez.V, 22 agosto 2003, n. 4750).

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

un filone giurisprudenziale di stampo garantista che muove dal riconoscimento dalla «indubbia» natura penale in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”)⁵ al fine di impedire non solo i rischi della duplicazione, secondo lo schema del *ne bis in idem*, delle sanzioni penali e amministrative (c.d. “quasi penali”), ma anche per «assicurare un controllo di “*full jurisdiction*” [da parte della giustizia amministrativa] sulle sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust»⁶.

Dall'altro lato, appare di segno diametralmente opposto quella giurisprudenza recente che nell'ambito del procedimento amministrativo in materia di appalti pubblici promuove una nozione “onnicomprensiva” dell'obbligo dichiarativo per gli operatori economici, e quindi anche relativamente all'illecito antitrust, così da rimettere alle stazioni appaltanti ogni valutazione sull'eventuale rilevanza di ogni circostanza indicata in sede di partecipazione alla gara⁷. Questo orientamento di tipo estensivo, supportato dall'ANAC con le proprie Linee Guida, si caratterizza per una progressiva anticipazione dell'utilizzabilità di circostanze astrattamente escludenti, a prescindere dall'eventuale accertamento giudiziale, anche di carattere non definitivo⁸. Ne consegue che, alla stregua di quanto avviene con le maggiori tutele che si riconoscono oggi nell'ambito del procedimento istruttorio e sanzionatorio davanti alle Autorità indipendenti, la tutela dell'operatore economico sanzionato in sede antitrust dovrebbe essere efficacemente accordata anche nel procedimento amministrativo e nei relativi rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, in adesione con i principi di legalità, equità, non discriminazione e proporzionalità⁹.

⁵ Da ultimo in questi termini, Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. *Contra*, TAR Lazio, Roma, sez. I, 4 gennaio 2017, n. 84.

⁶ Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Sulle sanzioni “quasi-penali” si veda *infra* nt. 91.

⁷ *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407. Più diffusamente comunque *infra* sezione n. 2, oltre che per un *excursus* sul fenomeno dell'intesa restrittiva della concorrenza nelle procedure di gara pubbliche, OECD, *Linee guida per la lotta contro le turbative d'asta negli appalti pubblici*, 2009.

⁸ Cons. St., sez. V, 29 maggio 2019, n. 3604, nella parte in cui ritiene che perché un rinvio a giudizio sia escludente è «sufficiente che sussistano concreti profili sintomaticamente concordanti ed univoci dell'inaffidabilità, dell'incongruità o della mancanza di integrità della procedura di gara». Più diffusamente *infra* nt. 70.

⁹ Come previsto, da ultimo, dall'art. 18, par. 1, dir. 2014/24/Ue, in base al quale «Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata». Sul punto si ritiene che il noto orientamento C. eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, non deve indurre a ritenere che siffatte garanzie non debbano sussistere sin dalla fase pro-

2. La progressiva assimilazione dell'illecito antitrust quale "grave illecito professionale"

Nel settore degli appalti pubblici, l'impiego di somme provenienti dalla fiscalità generale¹⁰ per la acquisizione di lavori, servizi e forniture giustifica la necessità che l'amministrazione persegua, incentivi e garantisca il carattere fiduciario della propria interazione con soggetti non solo qualificati, ma anche con un curriculum "integro" e "affidabile". Ciò in quanto si ritiene che tali indici siano a presidio del rapporto che si viene ad instaurare con il committente pubblico, oltre che a garanzia della piena adesione del concorrente al complesso delle prescrizioni di legge e deontologiche (e ai valori che esse perseguono)¹¹.

A tal fine, le stazioni appaltanti hanno a disposizione un elenco di requisiti di ordine generale che gli operatori economici devono possedere a fini partecipativi, e quindi a pena di esclusione dalla gara stessa. Tali previsioni consentono astrattamente di prevenire l'instaurarsi di rapporti giuridici con operatori economici privi dei requisiti qualitativi di ammissione. I requisiti di ordine generale sono contenuti oggi all'art. 80 del codice appalti e si distinguono, generalmente, in due categorie: ipotesi di esclusione automatica e obbligatoria e circostanze di esclusione facoltativa¹². Nell'ambito delle circostanze escludenti facoltative, oggetto della presente disamina, la stazione appaltante è tenuta a motivare in modo rafforzato sulla propria scelta, «pre-

cedimentale. In alternativa, vi sarebbe il rischio di una sostanziale assimilazione del giusto procedimento al giusto processo. Più diffusamente *infra* sezione n. 3 e nt. 91.

¹⁰ Un esempio di questa linea interpretativa è stato offerto dal Consiglio di Stato nel quale si afferma che «in tali procedure [ad evidenza pubblica] viene distribuita gran parte dei flussi finanziari pubblici reperiti attraverso il prelievo fiscale e gli altri strumenti di finanza pubblica e che costituiscono per gli operatori privati una parte significativa delle risorse disponibili sul mercato» (Cons. St., sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750).

¹¹ Secondo la pronuncia del Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3742, le dichiarazioni in merito al possesso dei requisiti sono rese, infatti, non solo per l'ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti, ma anche al fine di «garantire l'assenza di ostacoli pure di natura etica all'aggiudicazione del contratto» (similmente anche TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1092, poi confermata da Cons. St., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424).

¹² Con riferimento al "grave illecito professionale" nell'ambito delle ipotesi di esclusione facoltative si vedano le pronunce della C. giust. UE, sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11, *Forposta e ABC Direct Contact*; ID., sez. IV, 14 dicembre 2016, C-171/15, *Connexxion Taxi Services*; ID., sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/18, *Meca s.r.l.*; ID., sez. IX, 4 giugno 2019, C-425/18, *Consorzio nazionale servizi società cooperativa (CNS)*, 34. Si veda altresì A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018; S. Vinti, *I "garbugli" della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo codice appalti*, in *Giustamm.it*, 2017.

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

stando particolare attenzione al principio di proporzionalità¹³. E l'eventuale provvedimento di esclusione che ne conseguisse è pur sempre soggetto alla tutela giurisdizionale amministrativa¹⁴.

Nell'analisi dei motivi di esclusione, viene in esame nella presente disamina la categoria del "grave illecito professionale", come previsto all'art. 80, c. 5, lett. c), del codice appalti. In merito, è utile notare come innanzitutto la portata, e la stessa rilevanza, di tale nozione abbia subito molti sviluppi e arresti nell'evoluzione legislativa, sia domestica sia europea, come prescritta dalle direttive di prima¹⁵, seconda¹⁶, terza¹⁷ e, da ultimo, di

¹³ In questi termini non solo i paragrafi 41-44 della sentenza della C. giust. UE, sez. IV, 14 dicembre 2016, C-171/15, *Connexion Taxi Services BV*, ma anche lo stesso considerando 101, dir. 2014/24/UE, laddove precisa il criterio, non di carattere assoluto, che «lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali». Similmente, sul bilanciamento tra indeterminatezza dell'ampiezza degli obblighi dichiarativi e obbligo di motivazione si veda Cons. St., V, 11 dicembre 2017, n. 5818; mentre sull'onere di motivazione stringente sui presupposti dell'esclusione, si vedano TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1092. Infine, sul maggior rigore in termini di prova e di motivazione nell'ipotesi che un accertamento dell'illecito professionale sia ancora *sub judice*, Cons. reg. sic., 30 aprile 2018, n. 252.

¹⁴ Ciò pur sempre entro i limiti del sindacato del giudice amministrativo da circoscrivere ai casi di manifesta illogicità, irragionevolezza ed errore di fatto, e comunque nel limite della valutazione sulla "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto (Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312; con riferimento ai limiti della cognizione di merito del giudice amministrativo e alle ipotesi tipiche *ex art. 134 c.p.a.* relativamente alle sanzioni pecuniarie in materia antitrust, Cons. St., sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704). Infatti, come è stato notato dal TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1092 «è preclusa al giudice amministrativo la possibilità di contrapporre un proprio giudizio di inaffidabilità (o affidabilità) professionale dell'operatore economico, sostitutivo rispetto a quello espresso dalla Stazione appaltante, così, pretendendo di stabilire se le ragioni dell'esclusione siano o meno condivisibili». Similmente, TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394.

¹⁵ Dir. 71/305/Cee del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Si veda, in particolare, l'art. 23 nella parte in cui prevede al par. 1, lett. d), che può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni imprenditore «che, in materia professionale, abbia commesso un errore grave, accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice».

¹⁶ Dir. 92/50/Cee del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Si veda, in particolare, che l'art. 29, par. 1, lett. d), prevede la possibile esclusione di un prestatore di servizi qualora «si sia reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione». Negli stessi termini, l'art. 20, dir. 93/36/Cee del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture. E infine, similmente, l'art. 24, dir. 93/37/Cee del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

¹⁷ Dir. 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, re-

quarta¹⁸ generazione. Basti notare che la tecnica legislativa adottata dal legislatore italiano, in sede di recepimento delle ultime direttive del 2014, è stata quella di confermare il modello precedente in base al quale non viene fornita una definizione normativa di “errore professionale”, ma si lascia che l’integrazione interpretativa di tale concetto giuridico indeterminato venga operata dalla valutazione dell’amministrazione e della giurisprudenza secondo lo schema della sussunzione di un fatto concreto in un fatto produttivo di effetti giuridici per la disciplina dei contratti pubblici¹⁹.

Sin dalle direttive del 2004, infatti, si è assistito ad una progressiva integrazione, per via interpretativo-normativa, delle circostanze incidenti sulla rilevanza della “colpa grave” di un operatore economico²⁰. Ad esempio, il considerando n. 43, dir. 2004/18/Ce, ha rimesso alla discrezionalità degli Stati membri la possibilità di dare rilevanza, anche come “colpa grave”, alle

lativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. In particolare, si veda l’art. 45 relativo alla «Situazione personale del candidato o dell’offerente» che al par. 2, lett. d), prevede che può essere escluso dalla partecipazione all’appalto ogni operatore economico «che, nell’esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall’amministrazione aggiudicatrice». Inoltre, si riporta anche il richiamo dell’art. 54, par. 4, dir. 2004/17/Ce, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (c.d. “settori speciali”).

¹⁸ In particolare, l’art. 57, par. 3, lett. c) e d), dir. 2014/24/Ue. Similmente, l’art. 38, par. 7, lett. c), dir. 2014/23/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione. E, infine, l’art. 80, dir. 2014/25/Ue, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali. Per approfondimento, M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016; L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015; C. Franchini e F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.

¹⁹ Si veda in questi termini Cons. St., comm. spec., parere 25 settembre 2017, n. 2042. Inoltre, è stato precisato che «le nozioni di “errore” “grave” commesso “nell’esercizio della propria attività professionale”, di cui al citato articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), possono essere precisate ed esplicitate nel diritto nazionale, nel rispetto, tuttavia, del diritto dell’Unione» (C. giust. UE, sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11, *Forposta e ABC Direct Contact*, 26; da ultimo ribadito anche da C. giust. UE, sez. IX, 4 giugno 2019, C-425/18, *Consorzio nazionale servizi società cooperativa (CNS)*, 26).

²⁰ A titolo di esempio, si consideri l’art. 11, c. 3, d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208, nella parte in cui estende espressamente tra i casi di “errore grave” di cui all’art. 38, c. 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, «la violazione degli obblighi in materia di sicurezza dell’informazione o di sicurezza dell’approvvigionamento in occasione di un appalto precedente».

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

circostanze contenute nell'accertamento di reati in violazione della normativa ambientale, relativi ad accordi illeciti in materia di appalti, oppure in violazione della parità di trattamento dei lavoratori²¹. Similmente, alcuni considerando delle direttive del 2014 hanno confermato che la violazione di obblighi ambientali o sociali, e nello specifico anche delle norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, può rilevare quale circostanza atta ad incidere sulla valutazione circa l'affidabilità e l'integrità di un operatore economico²².

Inoltre, sempre in sede di considerando, le successive direttive del 2014 hanno specificato come costituiscono di certo una grave violazione dei doveri professionali proprio «le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale»²³. Peraltro, in questo caso, l'estensione della portata della nozione di illecito professionale non è avvenuta solo in via interpretativa, ma anche per il tramite di una specifica disposizione della dir. 2014/24/UE. Infatti, il relativo art. 57, par. 4, lett. *d*), prevede che una stazione appaltante può escludere un operatore economico dalla gara se dispone «di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza».

Tuttavia, in sede di recepimento delle ultime direttive, il legislatore italiano ha optato nuovamente per una formulazione generica, che non fa menzione espressa delle vicende antitrust²⁴. In base all'art. 80, c. 5, lett. *c*), infatti, la stazione appaltante può procedere quindi con l'esclusione del con-

²¹ In termini generali, agli Stati membri è stata attribuita la facoltà di non recepire alcune cause di esclusione oppure di attenuarne la portata, sulla base di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale, oltre per ragioni di proporzionalità. In ogni caso, il potere di introdurre ipotesi di esclusione funzionali a perseguire obiettivi di interesse generale (a garanzia di affidabilità, diligenza, onestà professionale e serietà dell'offerente), però, non è illimitato per gli Stati membri, ma va bilanciato con il principio di libertà di stabilimento, come ribadito dalla C. giust. UE, sez. X, 10 luglio 2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*. Inoltre, si noti che l'art. 45, par. 2, lett. *d*), dir. 2004/18/CE, non compie un rinvio espresso alla normativa regolamentare nazionale, ma richiede agli Stati membri di precisare le condizioni di applicazione dei relativi motivi di esclusione in relazione al diritto nazionale e del diritto dell'Unione europea.

²² Considerando nn. 70, dir. 2014/23/UE; 101, dir. 2014/24/UE; 106, dir. 2014/25/UE.

²³ *Ibid.*

²⁴ A titolo di esempio, si segnala come la Germania abbia indicato espressamente, in sede di recepimento, la rilevanza dell'illecito anticoncorrenziale tra le ipotesi facoltative di esclusione dalle gare, cfr. par. §124(4) del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB). Si noti peraltro come, nel recepire l'art. 57, par. 4, lett. *d*), dir. 2014/24/UE sui mezzi di prova in materia di illecito antitrust per le stazioni appaltanti, il legislatore tedesco abbia optato nel testo finale, non tanto nella formulazione della direttiva per cui sarebbero utilizzabili le "indi-

corrente se «dimostr[a] con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»²⁵. Peraltro, vale menzionare che tale specifica scelta legislativa non è stata ritenuta passibile di violazione delle direttive del 2014 in sede di recepimento, dal momento che la più recente messa in mora dell'Italia, ai sensi dell'art. 258 TFUE, non ha riguardato affatto questo aspetto²⁶.

Al contrario, in forza della qualificazione come meramente esemplificativa²⁷, e quindi non tassativa, dell'elenco indicato alla richiamata lett. c) dell'art. 80, c. 5, l'estensione della rilevanza dell'illecito antitrust quale illecito professionale è avvenuta interamente per via giurisprudenziale e di *soft law*. Ciò in ragione del progressivo affermarsi di un orientamento sostanzialistico in base al quale la rilevanza di una circostanza, ai fini della sua assimilazione come "grave illecito professionale", si può desumere da «ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa»²⁸.

cazioni sufficientemente plausibili" (*hinreichend plausible Anhaltspunkte*), ma per la più generica formulazione "indicazioni sufficienti" (*hinreichende Anhaltspunkte*).

²⁵ La lett. c) dell'art. 80, c. 5, codice appalti, prevede, infatti, che «Tra questi [illeciti professionali] rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, 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». Successivamente, in seguito alle novelle al testo del 2018 e 2019, la lett. c) è stata riordinata con l'introduzione di specifiche sotto-ipotesi, come indicate alle lett. c-bis), c-ter), c-quater). Per ulteriori considerazioni, si veda M. Didonna, *I cartelli antitrust e l'esclusione dalla gara d'appalto al debutto del nuovo Codice*, in *Urb. app.*, 2017; G.Vercillo, *L'illecito antitrust ed esclusione dalle gare pubbliche. Tra vecchie e nuove incertezze*, in *federalismi.it*, 2017.

²⁶ Si veda il procedimento n. 2295/2018, in cui la Commissione Europea si sofferma al par. 1.2 su due specifiche, ma diverse, ipotesi di esclusione ai sensi dell'art. 57, dir. 2014/24/UE, senza considerare il tema dell'illecito antitrust. Ciò anche in relazione all'assenza di conseguenze di tale scelta in relazione ai presupposti per la risoluzione *ex art.* 108, c. 1, lett. d), codice appalti.

²⁷ Si noti come i richiamati profili di discrezionalità nell'apprezzamento sull'integrità e affidabilità di un concorrente si inseriscano nell'ambito di stringenti prescrizioni circa la tassatività delle cause di esclusione e dei requisiti morali di partecipazione ad una gara d'appalto, *ex multis* TAR Lazio, Latina, sez. I, 23 dicembre 2013, n. 1058; Cons. St., sez.V, 11 giugno 2018, n. 3592; Id., 24 settembre 2018, n. 5500.

²⁸ Principio da ultimo ribadito dal Cons. St., sez.V, 22 luglio 2019, n. 5171. Precedentemente, si veda Cons. St., sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192.

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

2.1. L'orientamento della giurisprudenza nazionale ed europea

Con riferimento all'interpretazione sulle conseguenze dell'illecito anticoncorrenziale nel mercato dei contratti pubblici, si osserva come la giurisprudenza, in un primo momento, abbia dubitato dell'assimilabilità della sanzione antitrust alla stregua di un "grave errore professionale", specialmente laddove fosse ancora applicabile il precedente regime derivante dalle direttive del 2004. Successivamente, invece, in seguito alle prescrizioni fornite dalla Corte di giustizia e alle direttive del 2014, che – come si è detto – volgono nel senso di esplicitare maggiormente l'astratta riconducibilità dell'illecito anticoncorrenziale nell'ambito del "grave errore professionale"²⁹, la giurisprudenza più recente si è indirizzata nel riconoscere la ormai pressoché pacifica rilevanza dell'illecito antitrust quale causa facoltativa di esclusione.

Nonostante il consolidamento dell'orientamento ora descritto, si ritiene che sia utile dare comunque atto del percorso argomentativo sviluppato dalla giurisprudenza, tenendo in considerazione prima la disciplina relativa al "vecchio codice" degli appalti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) e in seguito quella relativa al "nuovo codice" (d.lgs. n. 50/2016). Ciò in ragione del fatto che, come osservato, l'impianto normativo tra i due codici non è del tutto coincidente e la precedente disciplina continua a rimanere ancora applicabile – *ratione temporis* – in significative circostanze. Inoltre, dall'osservazione degli argomenti posti alla base della progressiva assimilazione dell'illecito antitrust quale "grave errore professionale" è possibile porre le basi per alcune delle considerazioni critiche che verranno sviluppate nella sezione successiva.

Un primo orientamento, relativo al "vecchio codice", escludeva la rilevanza dell'illecito antitrust quale motivo di esclusione. In una risalente decisione³⁰, vertente sulla legittimità della revoca dell'aggiudicazione nei confronti un operatore economico a seguito dell'intervenuta sanzione antitrust per un'intesa restrittiva della concorrenza a danno di Consip³¹, il Consiglio

²⁹ Più diffusamente *supra* nt. 18 e 22.

³⁰ Cons. St., sez.V, 22 agosto 2003, n. 4750 (conferma TAR Piemonte, sez. II, 23 novembre 2002, n. 71), annotato da M. Martinelli, *Il provvedimento sanzionatorio antitrust non rientra nel concetto di errore grave commesso nell'esercizio della propria attività professionale, quale causa di esclusione dalle gare di appalto di servizi*, in *Giust. civ.*, 2004, 1387. Si noti come tale decisione, abbia avuto ad oggetto l'art. 12, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 17 marzo 1995, n. 157, di recepimento delle direttive del 1992, ma viene comunque citato in questa sede in ragione della sostanziale identità del testo rispetto all'art. 38, c. 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006.

³¹ AGCM, provvedimento n. 10831/2015, "I463 – Pellegrini/Consip", pubblicata nel

di Stato aveva escluso che l'illecito antitrust potesse rientrare tra i motivi di esclusione ex art. 38, c. 1, lett. f). In primo luogo, si affermava che il regime dell'esclusione dalle gare era analiticamente tipizzato, così da evitare una sbilanciata compromissione delle garanzie alla base dei diritti degli operatori economici nel mercato delle commesse pubbliche. In proposito, si sottolineava come, in ragione del citato articolato normativo, il regime della negligenza o malafede avesse rilevanza nella sola fase esecutiva e non anche in quella precontrattuale della presentazione delle offerte. In secondo luogo, sulla base di una interpretazione letterale del richiamato art. 38, il Consiglio di Stato aveva ritenuto che si potesse qualificare come "errore professionale grave" solamente una circostanza relativa alla capacità tecnica di un operatore economico e che, quindi, l'errore grave non potesse esaurirsi in «una ipotesi di incapacità a contrarre non prevista nell'ordinamento ed in grado di escludere ogni rilievo al possesso dei requisiti generali necessari per operare nel settore dei servizi»³².

Nello stesso senso volgeva anche un recente filone giurisprudenziale sugli effetti dell'accertamento da parte della AGCM di un'intesa restrittiva della concorrenza nel settore dei servizi di "facility management" a danno di Consip (c.d. gara "Scuole belle")³³. Nel contenzioso che ne era seguito, il Consiglio di Stato aveva avuto l'occasione per ribadire, sulla base del principio di tipicità, tassatività e determinatezza delle cause ostative, l'irrilevanza dell'illecito anticoncorrenziale, quale causa di esclusione³⁴. Ciò in ragione

Bollettino n. 24 del 1° luglio 2002. Sui vantaggi dell'aggregazione tramite centrali di acquisti in relazione al maggior controllo (anche sulla leale concorrenza tra operatori economici), G. Piga, *E pluribus unum? Una valutazione dell'esperienza Consip S.p.A.*, in *L'industria. Rivista di economia e politica industriale*, 2009, 241.

³² Cons. St., sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750.

³³ AGCM, provvedimento n. 25802/2015, "I785 – Gara Consip servizi di pulizia nelle scuole", pubblicata nel Bollettino n. 50 del 25 gennaio 2016. In seguito sostanzialmente confermata dal TAR Lazio, Roma, sez. I, 14 ottobre 2016, n. 10303 e, ugualmente, in appello con sentenza Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 740. Per un approfondimento, P. Sabbatini, *Collusione in appalti: Gara Consip, pulizia delle scuole*, in *Merc. conc. reg.*, 2017.

³⁴ Cons. St., sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704 (in riforma della sentenza di segno contrario, TAR Piemonte, sez. I, 29 marzo 2017, n. 428). Si vedano alcuni precedenti conformi della Sezione: Cons. St., sez. V, 21 luglio 2015, n. 3595; ID., 4 agosto 2016, n. 3542; ID., 25 febbraio 2016, n. 771; ID., 27 aprile 2017, n. 1955; ID., 15 giugno 2017, n. 2934; ID., 30 ottobre 2017, n. 4973; ID., 5 febbraio 2018, n. 722; ID., 12 febbraio 2018, n. 857; ID., 28 agosto 2019, n. 5926. Similmente anche la Quarta Sezione in un contenzioso con oggetto l'affidamento del servizio integrato energia da parte di Consip, Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016 n. 813. Si noti, infine, come l'argomento letterale, così come il riferimento al principio di tassatività, sia stato utilizzato dal TAR Sicilia, Catania, sez. I, 3 maggio 2019, n. 1031, nell'ambito di un appalto nel settore della difesa, che, in ragione della applicabilità *ratione materiae* in base al d.lgs.

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

della significatività del solo “grave errore professionale” commesso nella fase esecutiva di un contratto pubblico, e non anche in quella precontrattuale³⁵.

Nella medesima decisione, il Consiglio di Stato aveva operato tra l'altro un'interpretazione “correttiva” dell'interpretazione fornita dal giudice di primo grado relativamente alla sentenza della Corte di giustizia³⁶ in ragione della errata ricostruzione dei presupposti in fatto della sentenza europea: mentre la normativa ungherese, oggetto dell'accertamento in giudizio da parte della Corte di giustizia, conteneva una specifica previsione sulla portata escludente dell'illecito antitrust, il legislatore italiano aveva ommesso – seppur nell'ambito delle facoltà attribuite dalla dir. 2004/18/Ce – di recepire la normativa in tal senso.

Infine, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato si osservava altresì come nella l. n. 287/1990, a tutela della concorrenza e del mercato, non fosse stata prevista alcuna sanzione accessoria che possa rilevare in termini di esclusione da una gara pubblica³⁷. Peraltro, tale aspetto non è affatto privo di rilievo, come verrà più diffusamente argomentato nella sezione successiva.

Un secondo orientamento, anch'esso con riferimento al “vecchio codice”, faceva leva invece su una interpretazione estensiva, oltre che sostanzialistica e funzionalistica, della nozione di “errore professionale grave” e avanzava la tesi che questo dovesse considerarsi «esteso ad un'ampia gamma

n. 208/2011 e all'art. 1, c. 6, codice appalti, il richiamo espresso della disposizione è all'art. 38 e non alle previsioni normative successive, con la conseguenza che viene ritenuto non rilevante l'illecito anticoncorrenziale ai fini dei requisiti generali.

³⁵ Cons. St., sez.V, 4 dicembre 2017, n. 5704, benché si riconosca che il nuovo art. 80, rispetto al precedente art. 38, presenti per tenore letterale e per densità contenutistica, un'area normativa decisamente più ampia.

³⁶ C. giust. UE, sez. X, 18 dicembre 2014, C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító*, in cui al par. 35 si afferma che «la commissione di un'infrazione alle regole della concorrenza, in particolare qualora tale infrazione sia stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18».

³⁷ Cons. St., sez.V, 17 luglio 2017, n. 3505, dove si argomenta *a contrario* osservando la “soluzione di continuità” operata dalla formulazione del nuovo art. 80, c. 5, lett. c), codice appalti. Allo stesso tempo, in una recente sentenza relativa al nuovo codice il TAR Lazio ha sollevato incidentalmente alcune perplessità in merito, in linea con gli argomenti posti dalla AGCM con il parere (AS1474) reso con provvedimento del 13 febbraio 2018, n. 1474, come pubblicato sul Bollettino del 19 febbraio 2018, e relativo alle Linee Guida ANAC n. 6, per la parte relativa all'estensione anche alle pratiche commerciali scorrette, TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 22 marzo 2019, n. 3894. Similmente, TAR, Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 15 gennaio 2018, n. 18 e TAR Campania, Salerno, sez. I, 2 gennaio 2017, n. 10, quest'ultimo anche nella parte in cui sottolinea come «non sono state riprodotte, nell'ambito del vigente ordinamento nazionale, le ipotesi di cui alla lett. d) della direttiva 2014/24, relativa agli accordi intesi a falsare la concorrenza».

di ipotesi, comunque riconducibili alla negligenza, malafede o all'incapacità di assolvere ab origine alle prestazioni contrattuali»³⁸. Tra queste ipotesi veniva fatto rientrare anche l'illecito antitrust, in quanto ritenuto sintomatico dell'integrità morale e della affidabilità professionale che un operatore economico deve possedere per «concorrere nella selezione degli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue»³⁹.

Pertanto, l'illecito antitrust, alla stregua di ogni altro evento caratterizzante la «storia professionale» di un aspirante concorrente, inciderebbe sull'integrità e affidabilità di un operatore economico, con i conseguenti effetti ostativi rispetto alla partecipazione alla gara⁴⁰. La giurisprudenza giungeva a questa conclusione in forza dell'evoluzione, in senso estensivo, della nozione di “grave illecito professionale”, che è stata svolta in autonomia rispetto alla discussione sulla rilevanza dell'illecito antitrust. Infatti, secondo tale orientamento, si riteneva che «la normativa comunitaria consenta di qualificare come ostativo qualsiasi episodio di errore che caratterizzi la storia professionale degli aspiranti concorrenti, purché sia abbastanza grave da mettere in dubbio l'affidabilità» e che questo non poteva che valere anche per la normativa interna, dal momento che l'art. 38 riproduceva la dir. 2004/18/Ce, «rende[ndo] rilevanti tutti gli errori professionali commessi»⁴¹.

Nella stessa ottica muove anche una giurisprudenza, piuttosto rigorosa ed estensiva, della Corte di giustizia⁴² che ha indotto, successivamente,

³⁸ TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394. Sulla sostanziale sovrapponibilità, nell'ambito dell'art. 38, c. 1, lett. f), tra la nozione di “grave negligenza e malafede”, come indicata al primo periodo, e di “errore grave” di tipo professionale, come indicata al secondo periodo si veda Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5818 (argomento poi ripreso da Cons. St., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424 e da TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394).

³⁹ TAR Piemonte, sez. I, 29 marzo 2017, n. 428, in senso critico rispetto alla scelta «riduttiva» della stazione appaltante di non estendere la rilevanza escludente anche all'illecito anticoncorrenziale. Peraltro, tale decisione è stata poi riformata dal Cons. St., sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704. Si noti poi come tale decisione del TAR Piemonte faccia leva prospetticamente – in quanto non applicabile al caso di specie – anche sull'art. 57, dir. 2014/24/UE, par. 4, lett. c) e g), e sul relativo considerando n. 101.

⁴⁰ Cons. St., sez. V, 20 novembre 2015, n. 5299. Similmente, TAR Piemonte, sez. I, 29 marzo 2017, n. 428; TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394.

⁴¹ Cons. St., sez. V, 20 novembre 2015, n. 5299. Sempre nel senso di una lettura più allargata dell'“errore professionale”, che comprende ogni comportamento scorretto e non solo le violazioni delle norme deontologiche. Similmente, Cons. St., sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070; Id., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4228; Id., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5818; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 15 ottobre 2015, n. 2175. Si noti però come questa giurisprudenza si sia sviluppata, in un primo momento, attorno all'illecito professionale in senso lato e non specificatamente con riferimento l'illecito antitrust.

⁴² C. giust. UE, sez. IV, 20 dicembre 2017, C-178/16, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Man-*

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

il Consiglio di Stato ad affermare che rientrano nel “grave errore professionale” quei comportamenti di grave negligenza e di malafede, non tanto soggettiva (ad esempio, il dolo), quanto oggettiva ovvero rientranti in «condotte complessivamente contrastanti con il canone generale di correttezza nella vita di relazione»⁴³. Secondo il collegio, ne doveva conseguire che «il richiamo alla correttezza ed alla buona fede prospetta l'estensione [per la stazione appaltante] dell'apprezzamento di moralità (professionale) ed integrità al complesso delle condotte che sintomaticamente precedono e accompagnano l'accesso concorrenziale al mercato»⁴⁴.

In buona sostanza, quest'ultimo approccio interpretativo⁴⁵ prediligeva un approccio interpretativo estensivo circa la rilevanza dell'illecito antitrust, dal momento che anche in questa circostanza doveva valere l'obiettivo più generale di non eludere la «reale valenza prescrittiva» della nozione di “errore professionale grave”⁴⁶. Per tale ragione, quindi, la stazione appaltante doveva essere messa in condizione di disporre di un patrimonio informativo completo e onnicomprensivo in merito ai comportamenti scorretti degli operatori economici partecipanti ad una gara, così da poter essa stessa valutare (oltre che motivare) la tenuta del rapporto fiduciario e della credibilità professionale di un operatore economico in considerazione della rilevanza e della gravità delle condotte scorrette eventualmente riportate. In ogni caso, tale valutazione non veniva rimessa al filtro valutativo dell'operatore economico⁴⁷, che non poteva quindi scegliere *à la carte* quali condotte potenzialmente negative menzionare, spettando viceversa alla stazione appaltante

tovani e RTI Mantovani e Guerrato in relazione all'art. 38, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, in cui si conferma la rilevanza, ai fini della valutazione sulla affidabilità e credibilità di un operatore economico, anche della omessa informazione (e della conseguente dissociazione) alla stazione appaltante di illeciti penali non definitivamente accertati commessi da un ex amministratore, quale componente di un organo direttivo della società.

⁴³ Cons. St., sez.V, 17 settembre 2018, n. 5424.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Si veda anche l'influenza operata dalla decisione C. giust. UE, sez. X, 18 dicembre 2014, C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító Zrt*, nella parte in cui si afferma che «Gli articoli 49TFUE e 56TFUE non ostano all'applicazione di una normativa nazionale che esclude la partecipazione a una procedura di gara d'appalto di un operatore economico che abbia commesso un'infrazione al diritto della concorrenza, constatata con decisione giurisdizionale passata in giudicato, per la quale gli è stata inflitta un'ammenda». Peraltro, in seguito criticata Cons. St., sez.V, 4 dicembre 2017, n. 5704, dal momento che, a differenza della legislazione ungherese, che costituisce l'oggetto della pronuncia su rinvio pregiudiziale, mancherebbe nell'ordinamento italiano una previsione che faccia rientrare espressamente l'illecito anticoncorrenziale nell'ambito di applicazione dell'art. 45, par. 2, lett. d), dir. 2004/18/Ce.

⁴⁶ TAR Piemonte, sez. I, 29 marzo 2017, n. 428.

⁴⁷ Un eventuale filtro, a monte, circa la rilevanza o irrilevanza di un illecito da parte del

ottenere tutte le informazioni utili per motivare congruamente in punto di rilevanza, fermo restando l'eventuale vaglio di logicità estrinseca da parte del giudice amministrativo⁴⁸.

Per tali incertezze interpretative in merito al “vecchio codice”, il TAR Piemonte ha ritenuto di sollevare davanti alla Corte di giustizia, con rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, un quesito volto a verificare la qualificazione come “errore professionale grave” della condotta di un operatore economico che si fosse reso colpevole della violazione della disciplina antitrust nell'esercizio della propria attività professionale⁴⁹. In particolare, nell'ordinanza di rinvio, il TAR ha utilizzato comunque come parametro interpretativo di riferimento anche la nuova dir. 2014/24/Ue, nella quale – come si è anticipato – è stata tipizzata espressamente tra i motivi di esclusione l'ipotesi in cui «l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza»⁵⁰. In ragione di ciò, il TAR si domanda se tale previsione non sia altro che «espressione di principi già immanenti anche nel passato diritto della Unione europea» con la conseguenza che nel recepimento delle direttive del 2004 «il legislatore italiano non avrebbe potuto escludere, dalla sfera di applicazione dell'“errore grave” [...] la commissione di illeciti anticoncorrenziali».

In risposta al quesito sottoposto dal TAR Piemonte, la Corte di giustizia⁵¹ ha confermato, con ordinanza, che vi è indubbiamente incompatibilità tra la dir. 2004/18/Ce e una normativa nazionale che escluda dall'ambito di applicazione dell'“errore professionale grave” i comportamenti posti in essere nell'esercizio della propria attività professionale e che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, peraltro accertati e sanzionati dall'AGCM con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale. Secondo la Corte, infatti, «la nozione di “errore nell'esercizio della propria attività professionale”, che è oggetto di un'interpretazione ampia, non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenzi commessi

soggetto partecipante si presterebbe infatti a concreti rischi di conflitti di interesse, cfr. Cons. St., sez. V, 7 maggio 2019, n. 2917; Id., 28 marzo 2018, n. 1935; Id., 18 gennaio 2016, n. 122.

⁴⁸ *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407. Sul vaglio di logicità, cfr. *supra* nt. 14.

⁴⁹ TAR Piemonte, sez. I., 21 giugno 2018, ord. n. 770.

⁵⁰ Art. 57, par. 4, lett. d), dir. 2014/24/Ue.

⁵¹ C. giust. UE, sez. IX, 4 giugno 2019, C-425/18, *Consorzio nazionale servizi società cooperativa (CNS)*.

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

nell'esecuzione di un contratto pubblico»⁵². Ne consegue che, in linea con la precedente pronuncia *Generali-Providencia Biztosító*⁵³, non vi è ragione di non qualificare l'illecito antitrust quale indice sintomatico capace di incidere sulla credibilità professionale di un operatore.

Quanto sino ad ora esposto ha avuto ad oggetto soprattutto il “vecchio codice” dei contratti pubblici, e specificatamente la portata del relativo art. 38, c. 1, lett. *f*), in quanto la formulazione normativa si presta a maggiori ombre interpretative. Con riferimento al “nuovo codice”, in recepimento delle direttive del 2014, si può notare come la giurisprudenza che ha interpretato il vigente art. 80, c. 5, lett. *c*), d.lgs. n. 50/2016 sia perlopiù concorde nel ritenere che questa costituisca una base normativa sufficiente per affermare la potenziale rilevanza ostativa dell'illecito antitrust nelle gare pubbliche.

Infatti, benché non manchi anche per il “nuovo codice” una giurisprudenza di segno contrario⁵⁴, che continua a fare leva sull'assenza a tutt'oggi di un dato testuale di carattere estensivo e quindi sui principi di determinatezza e tassatività delle cause ostative, l'orientamento prevalente di carattere sostanzialistico parrebbe riconoscere a tutti gli effetti l'illecito antitrust tra le condotte scrutinabili dalle stazioni appaltanti ai fini dell'esclusione dalle gare pubbliche⁵⁵.

2.2. L'orientamento delle prescrizioni di soft law delle Autorità indipendenti

Dopo aver ricostruito il dibattito in cui la giurisprudenza, nazionale ed europea, è incorsa sino ad oggi con riferimento alla rilevanza dell'illecito antitrust nell'ambito degli appalti pubblici, è utile riscontrare anche il ruolo significativo che hanno avuto alcune prescrizioni di *soft law* nell'orientare gli interpreti.

⁵² *Ibid.*, par. 30.

⁵³ *Supra* n. 45.

⁵⁴ TAR Campania, Salerno, sez. I, 2 gennaio 2017, n. 10 in cui si afferma che «La diversità del tratto testuale della norma oggi vigente, come dianzi riprodotto, non è tale da escludere una precisa linea di continuità tra le due previsioni, atteso che persiste in capo alla Stazione appaltante un coefficiente di discrezionalità (cosiddetta monobasica), il cui esercizio comporta la esatta riconduzione della fattispecie astratta contemplata dalla norma (grave illecito professionale) a quella concretamente palesatasi nella singola gara». In senso adesivo, si veda anche TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 febbraio 2017, n. 2082, e TAR Liguria, sez. I, 28 marzo 2019, n. 278. In altri casi, in ragione di specificità della *lex specialis*, Cons. St., sez. V, 7 maggio 2019, n. 2917; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 3 maggio 2019, n. 1031.

⁵⁵ Cons. St., sez. V, 7 maggio 2019, n. 2917; TAR Veneto, sez. I, 9 gennaio 2019, n. 27; Cons. St., ad. comm. spec., 13 novembre 2018, n. 2616; TAR Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119; *Id.*, sez. III-quater, 22 dicembre 2017, n. 12640.

Il principale contributo in tal senso lo ha fornito l'ANAC che nel 2016 ha emanato la prima versione delle Linee Guida n. 6⁵⁶, peraltro di carattere non vincolante⁵⁷. Infatti, nella definizione delle situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità professionale dell'operatore, ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c), codice appalti, l'ANAC ha scelto di includere anche gli eventuali provvedimenti sanzionatori dell'AGCM. In particolare, l'Autorità ha precisato che si possano qualificare come "gravi illeciti professionali" non solo gli illeciti antitrust «gravi» ma anche le pratiche commerciali scorrette, che sono state poste in essere nel medesimo mercato dei contratti pubblici del contratto da affidare⁵⁸.

Al tempo, la scelta dell'ANAC di «abbraccia[re] molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include[re] condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale» ha segnato una netta discontinuità rispetto all'orientamento di una parte significativa della giurisprudenza⁵⁹. Così facendo, l'ANAC ha scelto di dare piena rilevanza anche alle condotte anticoncorrenziali, e, quindi, da un lato a condotte diverse da quelle poste in violazione di norme deontologiche, e dall'altro lato a condotte che intervengono anche in fase di gara (e non solo in sede di esecuzione), alla stregua delle già esistenti ipotesi relative alle turbative di gara: false informazioni, omissione di informazioni, tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante.

Successivamente, in seguito all'emanazione nel 2017 del c.d. "Corret-

⁵⁶ ANAC, Linee Guida n. 6, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», emanate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e pubblicate nella G.U. n. 2 del 3 gennaio 2017. Si veda anche R. Spagnuolo Vigorita, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in *federalismi.it*, 2017.

⁵⁷ Ciò in forza della loro emanazione in esecuzione dell'art. 80, c. 13, d.lgs. n. 50/2016, che qualifica tali linee guida come "facoltative", pur nell'ambito del potere generale attribuito dal successivo art. 213, c. 2. Per un approfondimento, si vedano L. Mazzeo e L. De Pauli, *Le Linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2018; M. Trimarchi, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida*, in *Dir. proc. amm.*, 2017. Sul punto anche, Cons. St., sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022.

⁵⁸ Par. 2.1.3.1, Linee Guida n. 6. In senso critico rispetto alla scelta di estendere la rilevanza dell'illecito professionale anche alle pratiche commerciali scorrette, TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2019, n. 1222. Similmente, Cons. St., ad. comm. spec., 13 novembre 2018, n. 2616.

⁵⁹ Cons. St., ad. comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286. Per un riferimento al richiamato posizionamento della giurisprudenza cfr. *supra* nt. 34.

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

tivo Appalti”⁶⁰, si è resa necessaria la revisione delle Linee Guida n. 6. Nella nuova versione⁶¹, l'ANAC ha mantenuto la rilevanza dell'illecito antitrust quale causa facoltativa di esclusione, ma ha optato per emendare la parte in cui si faceva riferimento ai «provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato» in favore della più estesa espressione «provvedimenti esecutivi». In merito, nella propria Relazione illustrativa, l'ANAC ha motivato questa scelta nella volontà di «collegare la rilevanza ostativa all'esecutività dei provvedimenti di accertamento, al fine di garantire tempestività, celerità e semplificazione dell'accertamento in ordine alla sussistenza della causa ostativa»⁶².

Tuttavia, «la scelta [dell'ANAC] di attribuire rilevanza al provvedimento “meramente “esecutivo” della [AGCM]», di natura estensiva e in un certo qual modo incidente nell'ambito della politica legislativa, è stata oggetto di critica da parte della stessa AGCM. In merito, si osserva come tale scelta possa contrastare, tra l'altro, con lo stesso art. 80, c. 10 (oggi c. 10-bis), codice appalti, nella parte in cui richiede un «accertamento definitivo» per far decorrere gli effetti dell'illecito. Secondo l'AGCM, infatti, la scelta di attribuire rilevanza alla mera esecutività del provvedimento avrebbe come effetto la «proliferazione del contenzioso», oltre che «continui effetti sulle gare in corso derivanti dal possibile esito divergente dei giudizi» rispetto all'accertamento operato dalla AGCM. Peraltro, nell'ottica della AGCM, un diverso orientamento sarebbe in contrasto altresì con la stessa giurisprudenza europea in *Generali-Providencia Biztosító*⁶³. In conclusione, l'AGCM richiede che venga preferito nelle Linee Guida n. 6 il carattere della “definitività” dell'accertamento antitrust in luogo della mera “esecutività”, così da evitare anche un uso dilatorio e opportunistico da parte degli operatori economici sanzionati tramite il ricorso straordinario per Cassazione *ex art. 111, c. 7, Cost.* avverso le decisioni del Consiglio di Stato sulle sanzioni antitrust⁶⁴.

⁶⁰ D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

⁶¹ ANAC, Delibera n. 1008 del 11 ottobre 2017.

⁶² ANAC, Relazione illustrativa alle Linee Guida n. 6 aggiornate al d.lgs. n. 56/2017, 3. In merito, non vi sono peraltro indicazioni nell'analisi resa da Cons. St., ad. comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2042. Sul punto, si segnala l'orientamento in base al quale «il difetto di un accertamento di carattere definitivo, infatti, non osta alla valorizzazione di una data circostanza ai fini dell'applicazione della misura espulsiva contestata in tal sede», TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394.

⁶³ *Supra* nt. 39.

⁶⁴ AGCM, Parere AS1474 «Linee Guida n. 6 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione – Contrattualistica pubblica», pubblicato nel Bollettino n. 6 del 19 febbraio 2018. Si noti altresì come in precedenza, l'AGCM avesse osservato la ragionevolezza della rilevanza degli illeciti antitrust, definitivamente accertati, rispetto alla disciplina di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), codice

Da ultimo, vale richiamare che le Linee Guida n. 6 dell'ANAC sono nuovamente in corso di revisione, in ragione delle osservazioni raccolte durante un ulteriore contraddittorio con i portatori di interesse. Per quanto qui rileva, lo schema di Linee Guida opta per una revisione del citato paragrafo 2.2.3.1, che attribuisce rilevanza all'illecito antitrust "meramente esecutivo", nel senso di richiedere invece la "definitività" della relativa sanzione amministrativa. Tale scelta, benché parzialmente criticata dal Consiglio di Stato in sede consultiva, in ragione «dell'ambiguità dell'attributo di "definitività" ove predicato di atti e provvedimenti amministrativi»⁶⁵, coglie nel segno quanto meno l'esigenza di certezza del provvedimento sanzionatorio nell'ottica di maggior tutela dei soggetti sanzionati. Tale definitività verrebbe data, quindi, o dall'inoppugnabilità del provvedimento antitrust in ragione della mancata contestazione in giudizio; oppure, in caso di ricorso *ex art. 119, c. 1, lett. b)*, c.p.a. avverso la decisione antitrust, dalla definitiva conferma in giudizio dello stesso provvedimento sanzionatorio⁶⁶.

Ad ogni buon conto, nonostante tale schema di revisione delle Linee Guida n. 6 non sia stato ancora approvato dall'Autorità, è verosimile ritenere che, a fronte della qualificazione dell'illecito antitrust nell'ambito dell'art. 80, c. 5, lett *c)*, si applichi a tutti gli effetti il successivo c. 10-*bis*, come da ultimo aggiunto dal c.d. "D.l. Sblocca Cantieri"⁶⁷, nella parte in cui prevede che «nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza». Del resto, vi sono ulteriori argomenti, che muovono anche dal riconoscimento della natura sostanzialmente "penale" delle sanzioni antitrust⁶⁸, per

appalti, in quanto in linea con il carattere di "definitività" richiesto dal successivo art. 80, c. 10, e «idonea ad assicurare un adeguato effetto di deterrenza nella commissione di illeciti antitrust nell'ambito di gare pubbliche» (AGCM, parere AS1426 del 25 luglio 2017, in Bollettino n. 34 dell'11 settembre 2017). Peraltro, coerentemente con questo indirizzo interpretativo, nel «Regolamento attuativo in materia di rating di legalità», n. 27165 del 15 maggio 2018, la AGCM ha previsto che la rilevanza delle sanzioni antitrust solo in caso di provvedimenti «divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato».

⁶⁵ Cons. St., ad. comm. spec., 13 novembre 2018, n. 2616.

⁶⁶ Si veda similmente, in tema di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale (c.d. "*follow-on*"), l'art. 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, nella parte in cui richiede che l'accertamento della violazione del diritto della concorrenza debba essere «non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato».

⁶⁷ D.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55.

⁶⁸ Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Più diffusamente, *infra* nt. nn. 89 e 91.

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

poter ritenere verosimilmente che prima che il contenuto affittivo dell'accertamento della sanzione possa dispiegare i propri effetti, questo debba poter essere contestato o astrattamente contestato in giudizio dal soggetto sanzionato⁶⁹.

Peraltro, la tendenza a dare una lettura estensiva e onnicomprensiva delle cause di esclusione non si rinviene solo nelle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, ma anche in una giurisprudenza piuttosto recente che ha iniziato a ritenere rilevanti fatti che la stazione appaltante può desumere da procedimenti penali (finanche ancora nella fase delle indagini preliminari) e che possono essere valutati come idonei a integrare gli estremi del "grave errore professionale"⁷⁰. Similmente, secondo altra giurisprudenza, si ritiene che lo stesso fatto penalmente rilevante possa rilevare «alternativamente o cumulativamente» sia come ipotesi escludente (automatica) da reato sia come ipotesi ostativa facoltativa da "grave errore professionale"⁷¹. Tuttavia, a garanzia dell'operatore economico, in queste circostanze la giurisprudenza amministrativa tende a precisare che la stazione appaltante «ha l'onere di una

⁶⁹ Si noti però che il TAR Lazio, Roma, sez. II, 13 febbraio 2019, n. 1931, ha ritenuto legittimo che una stazione appaltante desuma argomenti in merito alla tenuta dell'elemento in favore di un concorrente anche «dalla condotta posta in essere da una o più persone per conto del soggetto medesimo, eventualmente conosciuta nell'ambito di un procedimento penale, ma non necessariamente definitivamente acclarata come integrante la commissione di un reato». Similmente, C. giust. UE, sez. IV, 20 dicembre 2017, C-178/16, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e RTI Mantovani e Guerrato*.

⁷⁰ Recentemente anche Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1845, nella parte in cui afferma che «negli appalti secretati la presenza di indagini o di procedimenti penali per fatti che riguardano l'esecuzione di attività analoghe a quelle oggetto di affidamento è sufficiente a far sorgere il dubbio circa l'integrità professionale». Sulla rilevanza quale "grave illecito professionale" di un rinvio a giudizio di un amministratore per il reato *ex art. 353 c.p.* (tentata libertà degli incanti), TAR Toscana, Firenze, sez. I, 21 dicembre 2018, n. 1679, e similmente TAR Lombardia, Milano, sez. I, 16 maggio 2019, n. 1120; oppure Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1846, con riferimento alle informazioni contenute nell'avviso di conclusione delle indagini per il reato *ex art. 615-ter c.p.* (accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico); oppure ancora Cons. St., 27 febbraio 2019, n. 1367 in ragione dell'ordinanza cautelare applicativa di misura coercitiva degli arresti domiciliari in ragione di un'indagine per concorso nel reato *ex art. 322 c.p.* (istigazione alla corruzione). In senso critico, si veda il commento M. Lo Gullo, *L'insindacabile presunzione di colpevolezza forgiata dal Consiglio di Stato*, in *Urb. app.*, 2019, 696-708. Diversamente, infine, sull'irrilevanza ostativa del mero avvio del procedimento di accertamento dell'illecito antitrust, che non si è ancora concluso con un provvedimento definitivo, TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 gennaio 2019, n. 761. E ancora sull'irrilevanza ai fini dell'aggiudicazione della mera segnalazione all'AGCM anche a fronte e a prescindere dall'istruttoria in corso, TAR Lazio, Roma, 18 giugno 2019, n. 7925, e similmente AGCM, *Vademecum per le stazioni appaltanti*, 18 settembre 2013, para. 9.

⁷¹ Cons. St., sez. V, 20 novembre 2015, n. 5299.

puntuale descrizione di tali fatti e della loro incidenza causale sul rapporto fiduciario al fine di evitare che si realizzi una automatica sovrapposizione [tra diverse fattispecie di esclusione ...] in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione»⁷².

3. Gli effetti delle sanzioni antitrust nel settore degli appalti pubblici

3.1. In base all'analisi sinora affrontata può dirsi pacifica l'invalsa assimilazione nell'ordinamento italiano dell'illecito anticoncorrenziale quale "grave errore professionale" in base alla previsione dell'art. 80, c. 5, lett. c), codice appalti. In questa sezione vengono quindi analizzati i principali effetti che conseguono da una simile qualificazione.

La disciplina sugli appalti pubblici consente, infatti, ad una stazione appaltante di escludere un operatore economico dalla partecipazione alla procedura di gara se la stessa «dimostra con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità». Come si è osservato, la presenza di un siffatto motivo ostativo non comporta l'esclusione automatica di un concorrente, ma anzi richiede alla stazione appaltante – nell'esercizio della propria discrezionalità – di valutare, in sede di motivazione rafforzata, l'incidenza di ogni circostanza potenzialmente ostativa in relazione al corretto svolgimento della prestazione contrattuale oggetto dell'appalto. Nel ponderare la rilevanza dell'illecito antitrust ai fini dell'esclusione, la stazione appaltante è tenuta altresì a utilizzare il canone dell'integrità morale e dell'affidabilità professionale, oltre che a svolgere il proprio apprezzamento secondo il canone del principio di proporzionalità⁷³.

Peraltro, la rilevanza dell'illecito professionale è soggetta a due ulte-

⁷² Cons. St., sez.VI, 2 gennaio 2017, n. 1.

⁷³ Ai sensi del par. 6.2 delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, nella valutazione attorno alla rilevanza degli accertamenti ai fini dell'esclusione è bene assicurare, al fine del rispetto del bilanciamento operato dal principio di proporzionalità, che: «1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; 2. l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare; 3. l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata». In merito ad un annullamento per difetto di motivazione in materia di illecito antitrust, si veda TAR Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119.

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

riori limitazioni: temporale e di mercato. Sulla rilevanza temporale, l'effetto potenzialmente ostativo dell'illecito antitrust, alla stregua di ogni altro "grave illecito professionale", perdura *ex lege* per tre anni «decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza»⁷⁴. Sulla rilevanza di mercato, invece, il paragrafo 2.2.3.1 delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC precisa che solo i provvedimenti della AGCM «posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare» costituiscono un presupposto tale da rendere dubbia l'integrità del concorrente⁷⁵.

A fronte di siffatta ricostruzione, è opportuno analizzare di seguito le implicazioni dell'illecito anticoncorrenziale in sede di procedimento amministrativo nel settore degli appalti pubblici. Vi sono, infatti, almeno due possibili scenari, forieri di diverse implicazioni, a seconda che il concorrente abbia dichiarato la presenza dell'illecito antitrust in sede di dichiarazione *ex art. 80* oppure abbia ommesso di indicare tale circostanza nel relativo DGUE entro il termine fissato per la presentazione delle offerte.

Nella circostanza che il concorrente non abbia reso edotta la stazione appaltante di un illecito antitrust, quale circostanza pregiudizievole, una giurisprudenza piuttosto rigorosa ritiene che non sia necessario per l'amministrazione instaurare alcuna forma di contraddittorio procedimentale sul punto, in ragione della violazione da parte del concorrente del principio di trasparenza e di lealtà, oltre che del più generale dovere di *clare loqui* di un operatore economico nei confronti della stazione appaltante in esecuzione

⁷⁴ Art. 80, c. 10-*bis*, codice appalti. Con riferimento al periodo massimo di esclusione, la Corte di Giustizia, relativamente ad una sanzione emessa dall'Autorità tedesca per la concorrenza (*Bundeskartellamt*), ha precisato che la decorrenza del termine deve essere calcolata a decorrere dalla data della decisione di tale Autorità, C. giust. UE, sez. IV, 24 ottobre 2018, C-124/17, *Vössloh Laeis*.

⁷⁵ Si noti come il tema della rilevanza territoriale sia stato un punto significativamente meno controverso e discusso in giudizio relativamente all'incidenza dell'illecito antitrust. In termini generali, si è precisato che nelle intese restrittive della concorrenza la definizione del mercato rilevante è direttamente correlata al contesto in cui si inquadra il comportamento collusivo tra le imprese coinvolte. Infatti, in tale ipotesi la determinazione e la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto all'individuazione dell'intesa nei suoi elementi oggettivi, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso (Cons. St., sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5423). Inoltre, sulla legittimità della motivazione in assenza di contestazione in merito al fatto che l'oggetto della procedura di gara in questione si riferirebbe ad un mercato differente rispetto a quello per il quale è stata irrogata la sanzione antitrust nei confronti di un operatore economico, si veda da ultimo TAR Lazio, Roma, sez. III, 22 marzo 2019, n. 3903.

dei principi civilistici di buona fede e correttezza nelle trattative⁷⁶. Peraltro, a corollario, si menziona che la stessa violazione degli obblighi informativi in merito ad una circostanza ostativa costituisce di per sé un “grave illecito professionale”⁷⁷, che andrebbe quindi a sommarsi in aggiunta a quello antitrust. Inoltre, ove il concorrente abbia fornito un’informazione non veritiera⁷⁸, e da ultimo perfino nell’ipotesi della sua stessa omissione⁷⁹, si ritiene che sia precluso anche l’utilizzo dell’istituto del soccorso istruttorio *ex art. 83, c. 9, codice appalti*, dal momento che quest’ultimo è generalmente ammissibile solo nelle ipotesi (non elusive) di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni sui requisiti generali.

Qualora, invece, il concorrente abbia reso edotta correttamente la stazione appaltante circa i propri precedenti curricolari, anche se negativi, si prevede che debba instaurarsi a tutti gli effetti un contraddittorio con l’operatore economico⁸⁰. Infatti, ai sensi dell’art. 80, c. 7, codice appalti, l’operatore economico è «ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall’illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti».

Quanto ora indicato consiste nelle misure riparatorie c.d. di “*self-cleaning*”. In altri termini, attività di natura dissociativa funzionali a dimostrare che un motivo di esclusione esistente, quale l’illecito antitrust, può essere superato dalla stazione appaltante. In merito, le Linee Guida n. 6 dell’ANAC precisano, al paragrafo n. 6, che tra queste figurano: la rinnovazione degli organi societari (anche accompagnata dall’avvio di azioni di responsabilità), l’adozione di specifiche attività formative in favore dei dipendenti, attività di riorganizzazione aziendale, così come l’adozione di modelli organizzativi e gestionali volti alla prevenzione di reati (c.d. “modello 231”). Peraltro, tale attività di prevenzione può consistere, in adesione alle Linee Guida adottate dall’AGCM nel settembre 2018, anche nella realizzazione di un programma di

⁷⁶ Cons. St., sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192; TAR Puglia, Bari, sez. I, 6 ottobre 2016, n. 1181.

⁷⁷ Cons. St., sez. V, 16 novembre 2018, n. 6461; Id., 3 settembre 2018, n. 5142.

⁷⁸ In particolare, in base all’art. 80, c. 5, lett. *f-bis*), codice appalti. *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412; Cons. St., sez. V, 24 settembre 2018, n. 5500.

⁷⁹ Cons. St., sez. V, 16 novembre 2018, n. 6461, in cui si precisa che «l’omissione informativa che abbia ad oggetto una pregressa vicenda professionale suscettibile di integrare “grave illecito professionale” non è suscettibile di essere emendata mediata attivazione del soccorso istruttorio [... dal momento che] è la condotta omissiva in sé ad assumere rilevanza per la valutazione dell’affidabilità dell’operatore e non soltanto l’oggetto dell’informazione omessa».

⁸⁰ *Ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. I, 4 marzo 2019, n. 2771.

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

compliance antitrust adeguato ed effettivo, il cui obiettivo è quello di individuare le principali aree di rischio aziendali al fine di definire processi gestionali idonei a ridurre il rischio della realizzazione di condotte in violazione della normativa antitrust. La giurisprudenza ha poi precisato che, a tutela della *par condicio* tra concorrenti e al fine di evitare comportamenti elusivi, siffatte misure di *self-cleaning* valgono solo *pro futuro*, ovvero non hanno effetto né retroattivo né sanante rispetto alla rilevanza di illeciti antecedenti all'adozione delle misure riparatorie stesse⁸¹.

Al termine del contraddittorio tra la stazione appaltante e l'operatore economico sulla tollerabilità e sul rischio che il grave errore professionale possa incidere sull'affidabilità e integrità del contraente, spetta alla stazione appaltante concludere il procedimento con un provvedimento (sull'esclusione o eventualmente anche sulla mancata esclusione del concorrente), supportato da adeguata motivazione *ex art. 80, c. 8, codice appalti*⁸². Quale corollario dell'esclusione, peraltro, è utile ricordare che in questa ipotesi consegue automaticamente⁸³ anche l'incameramento da parte della stazione appaltante della cauzione provvisoria *ex art. 93, codice appalti*, di norma pari al 2% del prezzo base indicato nel bando, in quanto volta a garantire il «rispetto del patto di integrità» nei confronti della stazione appaltante in relazione alla solidità e alla serietà dell'offerta⁸⁴.

3.2. A lato di quanto sino ad ora riportato, la giurisprudenza ha discusso altresì della natura del provvedimento di esclusione che consegue ad un motivo ostativo, quale ad esempio l'illecito antitrust. In merito, è stato precisato che siffatta esclusione «non ha carattere sanzionatorio, ma contempla

⁸¹ Sull'effetto meramente *pro futuro* delle misure riparatorie di *self-cleaning*, TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394. Sul termine di presentazione delle offerte (e non tanto dell'indizione della gara), quale termine ultimo per allegazione alla stazione appaltante circa l'adozione delle misure di *self-cleaning*, Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598. Per alcune precisazioni sul punto, si richiama il citato parere (AS1474) dell'AGCM del 13 febbraio 2018.

⁸² Si veda quanto previsto al par. n. 6, e specialmente al 6.5, delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC. Si richiama altresì *supra* nt. 14 circa il sindacato del giudice amministrativo sulla motivazione fornita dalla stazione appaltante, in quanto limitata alle cause esterne della rottura del rapporto fiduciario.

⁸³ Si noti che l'escussione della garanzia non ha natura discrezionale, Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2018, n. 691. Cfr. anche C. cost., 13 luglio 2011, ord. n. 211.

⁸⁴ *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2018, n. 691. Più precisamente, la giurisprudenza si sofferma sia sull'elemento della colpa sia quello dell'imputabilità. La colpa è ritenuta *ipso facto* in caso di esclusione, anche nell'ipotesi di mancanza dei requisiti generali *ex art. 80*, mentre l'imputabilità va dimostrata e ricondotta ad un «fatto riconducibile all'affidatario» (cfr. Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1321).

una misura a presidio dell'elemento fiduciario»⁸⁵. Ciò in ragione dell'effetto non automatico, bensì meramente discrezionale, dell'esclusione per "grave illecito professionale" da illecito anticoncorrenziale⁸⁶.

Seppur tale orientamento sia non solo risalente ma anche piuttosto consolidato⁸⁷, una parte della giurisprudenza ha opportunamente osservato come il legislatore della l. 10 ottobre 1990, n. 287, non abbia espressamente previsto quale conseguenza dell'illecito antitrust «una incapacità a contrarre con le Amministrazioni pubbliche né temporanea né definitiva per i soggetti che abbiano posto in essere intese restrittive della concorrenza»⁸⁸. L'argomento di fondo si basa sulla condivisibile osservazione che se alla tutela della concorrenza, sotto forma di sanzione pecuniaria, si somma anche la sanzione relativa alla temporanea incapacità *de facto* dei soggetti sanzionati, vi è il rischio che, da un lato, si attribuisca alla sanzione antitrust un effetto accessorio, in contrasto con il principio di legalità⁸⁹, dall'altro, la sanzione generi un effetto controproducente per la concorrenza stessa: in altri termini «dopo aver subito le sanzioni del caso [gli operatori economici non] possono immediatamente rientrare nel gioco concorrenziale»⁹⁰.

⁸⁵ TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394.

⁸⁶ In questi termini, TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 marzo 2017, n. 3140.

⁸⁷ *Ex multis* Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1071; Id., 3 dicembre 2014, n. 5973; Id., 23 marzo 2015, n. 1567; Id., 15 giugno 2015, n. 2928; Id., 18 giugno 2015, n. 3107; Id., 11 aprile 2016, n. 1412; Id., 11 luglio 2016, n. 3070; Id., 20 febbraio 2017, n. 742; Id., 13 luglio 2017, n. 3444; Id., sez. VI, 1° settembre 2017, n. 4161; TAR Lazio, Roma, sez. III, 22 dicembre 2017, n. 12640; Id., sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1092.

⁸⁸ Cons. St., sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750. Recentemente ripresa sul punto da Cons. St., sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722; Id., 4 dicembre 2017, n. 5704. Si noti come la pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, quale conseguenza dei reati indicati all'art. 32-*quater*, c.p., comporta espressamente «il divieto di concludere contratti con la pubblica amministrazione» *ex art. 32-ter* c.p. Inoltre, ai sensi dell'art. 80, c. 1, lett. g), codice appalti, l'incapacità a contrarre, quale conseguenza di un reato, costituisce l'indice per far rientrare alcune condotte penalmente rilevanti, accertate con sentenza definitiva, tra le cause di esclusione automatiche, e quindi non facoltative, di un operatore economico dal mercato dei contratti pubblici.

⁸⁹ Si considerino l'art. 25 Cost. e gli artt. 1 ("principio di legalità") e 20 ("sanzioni amministrative accessorie"), l. 24 novembre 1981, n. 689, in materia di sanzioni amministrative. Similmente si veda, da ultimo, quanto ha sostenuto la Corte di Cassazione (in merito ad una diversa fattispecie in tema di c.d. "market abuse" finanziario), ovvero che «al destinatario degli effetti dell'esercizio del potere pubblico di accertamento e sanzione [...] devono riconoscersi le garanzie di cui agli articoli 24 e 111 Cost» (Cass. civ., sez. II, 16 febbraio 2018, ord. n. 3831). Si veda anche Sorbello, *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, n. 3. Infine, con riferimento al principio di legalità nell'ambito dei poteri sanzionatori dell'ARERA si veda TAR Lombardia, Milano, sez. I, 3 settembre 2018, n. 2042.

⁹⁰ Cons. St., sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750, in cui si osserva, infatti, che «nel caso qui

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

Conseguentemente, si ritiene che per queste ragioni la natura “non sanzionatoria” del provvedimento di esclusione da illecito antitrust non sia condivisibile e per questo dovrebbe essere riconsiderata. Ciò, non solo in ragione del principio di tassatività e determinatezza che deve ritenersi pacificamente applicabile anche alle sanzioni amministrative antitrust, in ragione del riconoscimento della loro natura quasi-penale⁹¹, ma anche poiché né la legge di attribuzione dei poteri all'AGCM (n. 287/90) né la lettera dell'art. 80 contemplano – espressamente – come sanzione accessoria, o come sostanziale “effetto penale” della sanzione, l'assimilazione dell'illecito antitrust quale “grave illecito professionale” nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici. Oltretutto, questo ordine di ragioni dovrebbe valere anche nell'ottica di un miglior bilanciamento con gli interessi a tutela della concorrenza nel mercato dei contratti pubblici⁹².

in esame alcuni dei più significativi operatori della ristorazione sono stati contestualmente colpiti dai provvedimenti sanzionatori dell'[AGCM] in modo che la eventuale esclusione degli stessi dalle gare di tale settore non porterebbe certo ad un beneficio per una effettiva concorrenza tra gli operatori economici interessati».

⁹¹ Da ultimo in questi termini, Cons. St., sez.VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in linea con l'orientamento affermato nella sentenza C. eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics* e successivamente ripreso da C. giust. UE, sez.V, 18 luglio 2013, C-501/11 P, *Schindler Holding e a. / Commissione*. Si vedano anche, con riferimento alle violazioni – formalmente o nominalmente – amministrative ma connotate da gravità e severità tali da dover essere ritenute come sostanzialmente “penali” ex art. 6 CEDU, secondo quanto elaborato dalla giurisprudenza con i c.d. “criteri Engel” nella sentenza C. eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel*, come in seguito ripresa e integrata dalle sentenze C. eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia* e C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens*, con nota di M. Allena, *Il caso grande Stevens contro Italia: le sanzioni CONSOB alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014. Si veda anche G. Guizzi, *La sentenza CEDU del 4 marzo 2014 ed il sistema delle potestà sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2014.

⁹² Si noti che l'AGCM non tiene conto nelle Linee Guida del 22 ottobre 2014 «sulla quantificazione delle sanzioni antitrust» degli effetti riflessi della sanzione antitrust rispetto al settore degli appalti pubblici. Infatti, al par. 18, rubricato «collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici», se da un lato fornisce una specifica quanto discussa metodologia di calcolo *ad hoc* per le fattispecie di “*bid rigging*” nel mercato delle commesse pubbliche, dall'altro lato non coglie l'opportunità per tenere in debita considerazione l'effetto sanzionatorio “prospettico” dell'illecito antitrust, quale causa di una possibile e temporanea esclusione dalle gare pubbliche, nel bilanciamento o nella riduzione della sanzione antitrust. Per un approfondimento sull'*unicum* di questa previsione del par. 18 e sulle specificità della compliance antitrust, anche nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica si vedano F. Ghezzi e G. D. Pini, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. soc.*, 2015; F. Ghezzi, *Le linee guida sull'antitrust compliance, tra finalità educative e dissuasive ed incentivi ad una condotta “eticamente corretta” dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2019.

Oltre ai due possibili scenari sulle conseguenze della dichiarazione dell'illecito antitrust (di natura omissiva o dichiarativa), come riportati *supra* al par. 3.1, si è potuto osservare come in alcune circostanze, a fronte dell'accertamento *ex post* da parte dell'AGCM di una intesa restrittiva della concorrenza in sede di formulazione delle offerte per una gara (c.d. *bid rigging*), la stazione appaltante che ha indetto la gara si sia determinata in più occasioni nel senso di qualificare come "mendacio" l'omissione informativa resa *ex ante* dal concorrente in merito all'esistenza di un cartello⁹³. Con la conseguenza che, in forza della qualificazione di tale omissione informativa come "mendacio", la stazione appaltante può escludere il concorrente e segnalare all'ANAC tale condotta per l'avvio del procedimento per l'iscrizione di tale omissione nel casellario informatico tenuto dalla Autorità, ai sensi dell'art. 213, c. 10, codice appalti⁹⁴, con la possibilità di un'ulteriore sanzione pecuniaria, oltre all'interdizione fino ad un anno dalle gare pubbliche.

Benché in un simile caso una tale qualificazione da parte della stazione appaltante non sia stata ritenuta viziata da illegittimità⁹⁵, vale richiamare come la legittimità di un tale comportamento possa essere opportunamente riletta alla luce del principio "*nemo tenetur se detegere*" (c.d. "diritto al silenzio"), ovvero del diritto a non essere costretto a rendere dichiarazioni autoaccusatorie, da intendersi anche in merito all'esistenza di un cartello in corso, come generalmente riconosciuto sia a livello costituzionale italiano sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁹⁶, e da ultimo

⁹³ TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394; TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1092, quest'ultima poi confermata da Cons. St., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424, in cui si fa riferimento anche al fatto che Consip ha ritenuto che l'omissione della comunicazione da parte dei concorrenti circa l'intesa restrittiva violasse anche il proprio Codice Etico (parte della *lex specialis* di gara).

⁹⁴ Artt. 11-19, Regolamento ANAC del 6 giugno 2018. Si noti poi come, in forza del Comunicato del Presidente dell'ANAC del 10 luglio 2019, sono temporaneamente sospesi gli effetti delle comunicazioni delle notizie relative all'esclusione (o dei fatti emersi in sede di esecuzione), ad esclusione delle circostanze relative a false dichiarazioni o false documentazioni. Peraltro, la rilevanza c.d. "a strascico" del mendacio in gare diverse da quelle in cui è stato contestato è rimessa ai soli presupposti di cui all'art. 80, c. 5, lett. *f-ter*, codice appalti e quindi al positivo accertamento da parte di ANAC nel procedimento per l'iscrizione nel Casellario Informatico, da ultimo TAR Campania, Napoli, sez. III, 31 ottobre 2019, n. 5189.

⁹⁵ Cons. St., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424 (conferma TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1092). Si veda però come, in sede di valutazione del "mendacio", il Consiglio di Stato abbia utilizzato l'argomento della c.d. "prova di resistenza" ritenendo comunque autosufficiente l'ulteriore motivazione posta dalla stazione appaltante circa la rilevanza dell'omissione informativa.

⁹⁶ Artt. 24, 111, e 117, Cost., art. 48, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, artt. 6 e 7, CEDU. Sul diritto di non collaborare alla propria incolpazione, cfr. C. cost., 26

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

oggetto di approfondimento da parte della Corte costituzionale nell'ambito di un procedimento davanti ad una Autorità indipendente⁹⁷.

Infatti, non può essere privo di rilievo l'effetto paradossale di sanzionare come "mendacio", con gli ulteriori effetti potenzialmente ostativi che ne possono conseguire nell'ambito delle pubbliche commesse, la mancata dichiarazione *ex ante* da parte di un operatore economico circa l'esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza in corso, laddove la stessa dichiarazione sarebbe inevitabilmente prodromica non solo di un accertamento di natura penale, ma anche di natura amministrativa. In una simile circostanza, infatti, a fronte di una dichiarazione autoaccusatoria potrebbe conseguire, secondo lo schema del c.d. "doppio binario"⁹⁸, non solo l'irrogazione di una sanzione quasi-penale (la sanzione antitrust), ma anche l'irrogazione di ulteriori sanzioni sia propriamente penali (es. l'ipotesi di turbativa d'asta *ex art.* 353 c.p.)⁹⁹ sia di altre sanzioni amministrative conseguenziali (es. iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC). Questo varrebbe a maggior ragione dal momento che è ormai pacifica la natura sostanzialmente penale in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dalla AGCM¹⁰⁰. Ne consegue, quindi, che potrebbe dubitarsi della conformità ai principi costituzionali ed eurounitari, in relazione al diritto al silenzio, della decisione da parte di una stazione appaltante, che ha indetto una gara successivamente oggetto di accertamento in sede antitrust, di qualificare *ex post* come "mendacio", in merito ad un "grave errore professionale" di tipo antitrust, il comportamento di

giugno 2002, ord. n. 291; ID., 2 novembre 1998, n. 361, ma anche Trib. CE, sez. I, 20 febbraio 2001, T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke / Commissione*.

⁹⁷ Sul punto, avente ad oggetto l'eventuale diritto del sospettato di una condotta di c.d. "market abuse", in ambito finanziario, di non rispondere alle domande poste da CONSOB con la sanzione amministrativa che ne consegue, si veda l'ordinanza di rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE alla Corte di Giustizia da parte della C. cost., 10 maggio 2019, ord. n. 117, in seguito alla precedente ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale da parte del giudice *a quo* con Cass. civ., sez. II, 16 febbraio 2018, ord. n. 3831.

⁹⁸ Sul punto si veda *supra* nt. 91, ma anche F.Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it; N. Menardo, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia tributaria. Analisi de jure condito e riflessioni de jure condendo*, in *Dir. prat. trib.*, 2018; F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice euro-unitario*, in *Dir. e processo*, 2018; M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2007.

⁹⁹ Si ricorda che, qualora nel corso di un procedimento amministrativo emerga un fatto configurabile come reato perseguibile di ufficio, è obbligatoria la denuncia al pubblico ministero da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ai sensi dell'art. 331, c. 4, c.p.p. Inoltre, in caso di omissione della relativa denuncia è prevista una specifica fattispecie di reato in base all'art. 361, c. 1, c.p.

¹⁰⁰ Più diffusamente *supra* nt. 91 e 105.

un operatore economico che ha ommesso di dichiarare, in sede di domanda di partecipazione alla gara, l'esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza a danno della stazione appaltante stessa.

3.3 Così definito l'impianto sanzionatorio, diretto e indiretto, di carattere amministrativo a fronte dell'accertamento dell'illecito antitrust, vi sono ulteriori sanzioni, in questo caso di natura civilistica, che possono conseguire in sede di esecuzione del contratto di appalto.

La principale sanzione civilistica consiste nella risoluzione contrattuale che può conseguire quale conseguenza dell'accertamento dell'illecito antitrust. Lo scenario è, tuttavia, differente a seconda della conformazione di dettaglio che assume caso per caso la documentazione di gara (*lex specialis*)¹⁰¹. Infatti, in termini generali la risoluzione *ex art. 108*, codice appalti non è ammissibile se non nei casi espressamente indicati in tale articolo, ovvero – per la parte che rileva ai fini della presente disamina – a fronte delle fattispecie di reato contenute all'80, c. 1, codice appalti, e quindi in circostanze diverse da quelle previste al successivo c. 5, lett. *c*), dello stesso articolo sui "gravi illeciti professionali". E, come si è descritto, l'illecito antitrust viene fatto rientrare in quest'ultima categoria.

Tuttavia, benché da una prima analisi si potrebbe argomentare nel senso di ritenere che l'accertamento dell'illecito antitrust sia irrilevante ai fini dei contratti in fase di esecuzione, vi sono almeno due ragioni per dubitare di una così netta interpretazione.

La prima concerne il principio che impone per i concorrenti il possesso dei requisiti (anche generali) di partecipazione, senza soluzione di continuità: «non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso»¹⁰². E sul punto può osservarsi altresì che nella documentazione di gara

¹⁰¹ Dall'analisi della documentazione di alcune gare, rese dalle principali stazioni appaltanti nazionali, è possibile osservare come ai concorrenti venga comunemente fatta sottoscrivere una dichiarazione contenente una clausola del seguente tenore: «che con riferimento alla presente gara non ha in corso né ha praticato intese e/o pratiche restrittive della concorrenza e del mercato vietate ai sensi della normativa applicabile, ivi inclusi gli articoli [81 e ss. del Trattato CE oppure 101 e ss. TFUE] e gli articoli 2 e ss. della Legge n. 287/1990, e che l'offerta è stata predisposta nel pieno rispetto di tale normativa».

¹⁰² Cons. St., ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, da ultimo Cons. St., sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013. Similmente, vale richiamare anche l'art. 80, c. 6, codice appalti, nella parte in cui prevede che «Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

è piuttosto comune che venga inserita come clausola risolutiva espressa, ex art. 1456 cod. civ., l'ipotesi in cui «fosse accertata la non sussistenza ovvero il venir meno di alcuno dei requisiti minimi richiesti per la partecipazione alla gara, nonché per la stipula della Convenzione e per lo svolgimento delle attività ivi previste»¹⁰³.

La seconda si riferisce al fatto che è possibile rinvenire ormai comunemente nella documentazione di gara una ulteriore, e più specifica, clausola risolutiva espressa in merito alla circostanza che il concorrente abbia «compresso, nella procedura di aggiudicazione della presente Convenzione, un illecito antitrust definitivamente accertato, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. c) e secondo le linee guida A.N.AC.»¹⁰⁴. Peraltro, è utile osservare come lo stesso illecito antitrust possa altresì costituire in alcuni casi una violazione del Codice Etico adottato da una stazione appaltante, e solitamente accettato dal concorrente in sede di gara, con la conseguente violazione anche della eventuale specifica clausola di risoluzione espressa normalmente posta a tutela della conformità alle relative prescrizioni¹⁰⁵.

Pertanto, è verosimile che, a fronte di una documentazione di gara circostanziata e dettagliata, una stazione appaltante possa ritenere che l'illecito antitrust, *medio tempore* accertato, rientri tra le eventuali ipotesi di risoluzione del contratto in fase esecutiva, con le relative conseguenze anche in termini di domanda di risarcimento del danno. Inoltre, a fronte della risoluzione, è ragionevole immaginare che la stazione appaltante non solo eserciti il proprio diritto a incamerare le onerose garanzie definitive, come previsto dall'art. 103, codice appalti, ma anche che tale circostanza vada ad aggravare ulteriormente lo *status* dell'operatore economico dal momento che la risoluzione contrattuale può costituire un autonomo e ulteriore motivo di esclusione (facoltativa) ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. *c-ter*), codice appalti. Infatti, tale ultima disposizione prevede che costituisce ugualmente un "grave illecito professionale" anche la circostanza in cui «l'operatore econo-

omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5». E nello stesso senso, in caso di raggruppamenti, anche l'art. 48, c. 17, codice appalti.

¹⁰³ Si utilizza, a titolo di esempio, quanto si rinviene nella documentazione di gara pubblicata da Consip nel febbraio 2018 per l'affidamento del "servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per le Pubbliche Amministrazioni". Con riferimento poi alla rilevanza dell'illecito antitrust in corso di esecuzione, TAR Lazio, Roma, 18 giugno 2019, n. 7925.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Per un esempio, si veda *supra* nt. 93. Per un esempio, nel 2016 nell'ambito della citata gara indetta dalla Consip (c.d. "Scuole belle"), la stessa si è avvalsa della clausola espressa, in materia antitrust, per la risoluzione della convenzione stipulata con un operatore economico sanzionato dall'AGCM.

mico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili».

4. Conclusioni

La tesi della rilevanza dell'illecito anticoncorrenziale nel settore degli appalti pubblici ha mostrato di prestarsi a riflessioni ben più ampie del pur ragguardevole dibattito attorno alla riconducibilità o meno delle sanzioni antitrust nell'ambito della categoria del "grave illecito professionale", ai sensi del codice appalti: in parte, per la viva e articolata discussione che si è sviluppata tra legislatori e corti, nazionali ed europee, oltre che nella regolazione di "soft law" delle Autorità indipendenti; in parte, per l'analisi degli effetti della natura escludente dell'illecito antitrust alla luce della pacifica qualificazione in senso sostanzialmente "penale" delle sanzioni antitrust.

Infatti, benché sembri piuttosto consolidato l'orientamento giurisprudenziale, confortato in parte dallo stesso legislatore europeo, a supporto della piena configurazione dell'illecito antitrust quale "grave illecito professionale", ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c), codice appalti, si è potuto osservare come, in ragione della portata significativamente afflittiva delle sanzioni antitrust, sia sul lato patrimoniale sia su quello reputazionale, vi siano sufficienti motivi per contestare il sostanziale effetto accessorio della esclusione dalle gare per effetto della sanzione antitrust. Per le stesse ragioni, deve criticarsi anche quell'orientamento giurisprudenziale e di "soft law" che ha ritenuto di non richiedere il carattere della "definitività" dell'accertamento contenuto nella sanzione antitrust per attribuire rilevanza ostativa all'illecito anticoncorrenziale.

Similmente, si ritiene che le stesse considerazioni debbano valere anche nell'ipotesi in cui la stazione appaltante si determini nel senso di qualificare come "mendacio" la mancata dichiarazione dell'illecito antitrust in sede di partecipazione alla gara: circostanza peraltro foriera di ulteriori effetti ostativi per un operatore economico. Tale orientamento porta l'amministrazione a sostenere che costituisce omessa dichiarazione la condotta di un operatore economico che non dichiara, in sede di domanda di partecipazione alla gara, la sua parallela adesione ad un'intesa restrittiva della concorrenza per influenzare la gara stessa, qualora l'AGCM accerti successivamente l'esistenza di un cartello in danno della medesima stazione appaltante. Al contrario, in un simile frangente per il concorrente dovrebbe valere il diritto al silenzio,

la resistibile ascesa dell'illecito antitrust

che, proprio in ragione della presenza di una possibile sanzione quasi-penale (di tipo antitrust) o di un possibile “doppio binario” sanzionatorio (sia penale sia amministrativo), rende inesigibile un comportamento dichiarativo di tipo autoaccusatorio. Questo principio (*nemo tenetur se detegere*) è stato riconosciuto ad oggi sia dall'ordinamento costituzionale italiano sia europeo nel procedimento amministrativo davanti alle Autorità indipendenti, ma dovrebbe poter operare a questo punto anche davanti alle stazioni appaltanti.

Si è osservato poi come, oltre agli effetti amministrativi, è possibile individuare anche specifiche sanzioni civilistiche a fronte dell'accertamento di un illecito antitrust. A riguardo, si è potuto riscontrare come buona parte della discussione venga rimessa ad una valutazione, caso per caso, a seconda della formulazione di dettaglio adottata dalla documentazione di gara (*lex specialis*) con l'indicazione delle specifiche ipotesi risolutive del contratto. Peraltro, ad ulteriore aggravio per l'operatore economico vale menzionare che sia nella circostanza dell'esclusione in sede di procedimento di gara, sia in quella della risoluzione del contratto in sede di esecuzione, la stazione appaltante ha diritto a escutere automaticamente le garanzie, in ragione della rottura del “patto fiduciario” attorno alla solidità e alla serietà del concorrente.

Ad ogni modo, anche volendo mantenere in disparte le considerazioni sinora avanzate quale conseguenza dell'“indubbia” natura penale in senso convenzionale delle sanzioni antitrust, è necessario che le stazioni appaltanti mantengano pur sempre alcuni presidi di legalità nell'accertamento facoltativo e discrezionale – e quindi né automatico né obbligatorio – sull'incidenza dell'illecito antitrust. Le stazioni appaltanti sono tenute a svolgere tale valutazione secondo il canone dell'integrità morale e della affidabilità professionale dell'operatore economico e devono soffermarsi puntualmente, in sede di motivazione rafforzata, non solo sui mezzi di prova a disposizione, ma anche sugli aspetti temporali e di mercato rilevante, oltre che sugli indici utilizzati per la valutazione in concreto dell'incisività della specifica condotta illecita anticoncorrenziale rispetto al corretto svolgimento della prestazione contrattuale oggetto della gara. A queste valutazioni deve seguire altresì una motivata ponderazione, anche di natura prospettica, qualora l'operatore economico sanzionato abbia posto in essere *medio tempore* alcune misure riparatorie di *self-cleaning*, funzionali a ridurre il rischio, e quindi prevenire, la reiterazione di ulteriori condotte illecite. In ultima analisi, la stazione appaltante dovrebbe porre in essere, in sede di motivazione, un adeguato bilanciamento, secondo il canone della legalità e dei criteri di idoneità, necessità e adeguatezza del principio di proporzionalità, che tenga conto anche degli effetti di mercato, a valle della sanzione antitrust, così da favorire il miglior

“gioco concorrenziale” tra operatori attivi nel settore dei contratti pubblici che, del resto, è un mercato particolare, essendo finanziato per il tramite della spesa pubblica.

Abstract

The article revolves around the progressive rise of Antitrust infringements as a potential ground for the temporary exclusion of the infringer from the participation in public procurement procedures in Italy. In doing so, it explores the evolution of such qualification as a serious professional misconduct impinging on the contracting authority's assessment on the integrity or reliability of an infringer, which may lead to the exclusion from the tender. In a three-steps analysis, the article assesses: (i) the Italian and European case law on the matter in relation to the 2006 Italian Public Procurement Code and the 2016 Italian Public Procurement Code; (ii) the Italian and European applicable legislative framework; (iii) the soft law regulation arising from both the Italian Competition Authority and the Italian Anti-Corruption Authority (ANAC). Finally, by putting this issue in the context of the “ne bis in idem” and “nemo tenetur se detegere” doctrines, the article shows to what extent the exclusion from the tender may lead to distortive results in some circumstances. Hence, the article posits that a greater degree of attention shall be posed to the plain qualification of Antitrust infringements as a ground of exclusion from public tenders in order to achieve a proper balancing of protected interests.

CECILIA SERENI LUCARELLI

ESCLUSIONE DEL CONCORRENTE NON IN REGOLA CON IL FISCO E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'art. 80, c. 5: problemi vecchi e questioni nuove. – 2.1. La condanna per un reato tributario: esclusione automatica o discrezionale? – 2.2. La violazione degli obblighi tributari: è legittima la previsione della definitività dell'accertamento? – 3. Il principio di proporzionalità come canone d'azione nella valutazione discrezionale della stazione appaltante. – 4. Le incerte prospettive dell'esclusione.

1. Considerazioni introduttive

Sono trascorsi ormai quattro anni dall'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), ma l'art. 80 non sembra trovare una sua definitiva dimensione.

Esaminare la norma rimane un esercizio interpretativo che presenta indubbe difficoltà per varie ragioni.

Ai problemi che già poneva l'art. 38 del vecchio codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163)¹, si aggiunge la vertiginosa sequenza di interventi normativi

¹ Per un commento all'art. 38, c. 1, lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *ex multis*, R. Proietti, *Commento all'art. 38*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccarini, G. Chiné e R. Proietti, Milano, Giuffrè, 2015, 480-520; F. Dallari, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2017, 321-385; G. Bergonzini, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli e G. Sala, Padova, Cedam, 2014, 299-379; A.G. Pietrosanti, *Requisiti di ordine generale*, in *Manuale di diritto amministrativo. I contratti pubblici*, a cura di F. Caringella e M. Giustiniani, Roma, Dike, 2014, 502-587; G. Greco, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M. A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, II, Milano, Giuffrè, 2008, 1267-1318. Per questioni più specifiche A. G. Pietrosanti, *L'esclusione per grave errore professionale tra i principi di proporzionalità, trasparenza e parità di trattamento*, in *lanministrativista.it*; M. Giovannelli, *Esclusione dalla gara per grave inadempimento pregresso*, in *Urb. app.*, 2016, 1119-1127; M. Didonna, *Il "grave errore professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, *ivi*, 2016, 62-68; G. Passarelli, *Criteri di selezione qualitativa nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: la Corte di giustizia delimita la nozione di errore grave in materia professionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013,

che si sono susseguiti a distanza di pochi mesi², con correzioni interne all'iter dello stesso provvedimento, ovvero con modifiche spesso rilevanti tra la versione originaria e il testo definitivo della legge di conversione³.

La difficoltà interpretativa è data poi dal fatto che tra quanto prescritto dalla legge e quanto avviene in concreto, la distanza è spesso maggiore di quanto sarebbe lecito attendersi: il riferimento è all'intervento dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)⁴, che avrebbe dovuto, nell'intento del le-

713; V. Palmieri, *L'inadempimento in precedenti contratti come causa di esclusione dalle gare pubbliche*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 4, 1144-1153; M. Galliasso, *L'esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche per grave negligenza o malafede nell'esercizio di precedenti appalti: compatibilità con l'ordinamento comunitario ed obbligo di motivazione*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 2, 636-643; F. D'Angelo, *La giurisdizione amministrativa in materia di appalti tra questioni di opportunità e questioni di fatto (a proposito del giudizio sulla « affidabilità » delle imprese partecipanti alle gare d'appalto pubbliche)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1028-1057; A. Falchi Delitala, *La soggettività della valutazione di affidabilità ex art. 38, 1° comma, lett. f del d. lgs. 163/06 come limite al sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 12, 3143-3157.

² Il riferimento è al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56; al d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12; al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e, da ultimo, al d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55.

³ S. Cacace, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 8 novembre 2016; *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni: elementi critici e opportunità*, a cura di C. Franchini e F. Sciaudone, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.

⁴ Per approfondimenti dottrinali sulle linee guida ANAC si vedano G. Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 43 ss.; M.P. Chiti, *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 719-724; V. Neri, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. Lipari, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 743; S. Tuccillo, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*, in federalismi.it, 22 marzo 2017; C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in federalismi.it, 2017, 2; G.A. Giuffrè, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in federalismi.it, 27 novembre 2017; R. Greco, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in federalismi.it, 5 ottobre 2016; Id., *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali*, in www.giustizia-amministrativa.it; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it; V. Italia, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016; G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273-319; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in italiappalti.it, 9 novembre 2016; M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti*

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

gislatore, «precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti» il contenuto della norma, ma che ha invece finito con l'essere una guida alquanto debole⁵.

A ciò si aggiunge, infine, che i pochi punti fermi posti a livello normativo risentono in maniera diretta dei continui cambi di rotta imposti dalla giurisprudenza europea, che è intervenuta a più riprese in materia, imponendo modifiche più o meno incisive. Il tutto rientrerebbe nella fisiologica produzione multilivello del diritto⁶, se non fosse che nel caso dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici si è di fronte a un ormai emblematico “caso da laboratorio”, con il rischio peraltro concreto che presto si dovrà reintervenire sul testo di legge.

Nonostante le evidenti difficoltà, vale la pena provare ad analizzare la norma, con la consapevolezza che l'obiettivo finale non può essere quello di trarre bilanci definitivi, ma al più di raccontare il diritto dell'oggi provando a proiettarlo in un domani futuro e incerto.

Nel tentativo di fare ciò, per ragioni di sinteticità espositiva, la disamina si incentrerà su un particolare caso di esclusione. È il caso dell'esclusione dalla gara dell'operatore economico non in regola con il fisco, per alcuni aspetti assimilabile, come si vedrà, a quello dell'operatore economico non in regola con il pagamento dei contributi previdenziali.

Il tema pone una serie di problemi, che meritano di essere trattati.

Il primo è un problema di inquadramento, perché occorre chiedersi se il concorrente in senso lato “evasore” sia da ricollegare alla figura dell'operatore economico “non affidabile” ai sensi del c. 5 dell'art. 80, e quindi se debba essere escluso a seguito di una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, ovvero se la sua integrità sia comunque compromessa e

nel diritto amministrativo, in *Dir. amm.*, 2015, 683; M. Ramajoli, *Pretesa precettiva e flessibilità delle linee guida Anac*, in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, a cura di F. Liguori e S. Tuccillo, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 79.

⁵ Si esprime in tal senso anche Cons. St., comm. spec., par. 23 ottobre 2018, n. 2616, secondo cui «richiamando il precedente parere n. 2286/2016 di questo Consiglio, si deve ribadire anche in questa occasione come sia rimasta poco o per nulla approfondita la questione generale di cosa intendere per “mezzi di prova adeguati” e di come provare gli errori commessi. In tale prospettiva il riparto dell'onere della prova tra la stazione appaltante e i concorrenti resta un tema molto delicato e che parrebbe fortemente sottovalutato nell'economia di queste linee guida. È evidente, infatti, come qualunque regolazione della materia dell'illecito professionale, anche la migliore, rischia di restare lettera morta ove non si assicuri un flusso costante di informazioni e di comunicazioni in entrata e in uscita dagli operatori e dalle stazioni appaltanti».

⁶ Sulle reciproche influenze tra diritto amministrativo e diritto europeo si veda A. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa*, Milano, FrancoAngeli, 2018.

quindi debba essere escluso a prescindere da un giudizio in concreto sulla sua professionalità. Il c. 1 dell'art. 80, come da ultimo modificato a seguito delle istanze del Consiglio di Stato, prevede infatti l'esclusione del concorrente che sia stato condannato per «ogni altro delitto – diverso da quelli specificatamente elencati – da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione», categoria nella quale rientra la maggior parte dei delitti tributari.

Vi è poi un problema di coordinamento, perché come verrà analizzato nel prosieguo, il c. 4 dell'art. 80 espressamente prevede l'esclusione dell'operatore economico che ha un debito con il fisco, ma, con riferimento a questa specifica ipotesi, la giurisprudenza nazionale, in controtendenza rispetto a quella sovranazionale e contrariamente ai principi che afferma con riguardo agli altri casi di esclusione, nell'interpretare il testo di legge continua a sostenere che qualunque debito purché – e finché – oggetto di un giudizio pendente non può essere motivo di esclusione. Con la conseguenza che, nell'indeterminatezza del diritto affermato rispetto a quello generalmente applicato, alcuni operatori pur conoscendo la causa di esclusione potrebbero essere tentati di depositare un'offerta nella speranza di essere esonerati dall'esclusione sulla base di una strumentale impugnazione della violazione, mentre altri, nella medesima situazione, potrebbero astenersi, affidandosi ai principi generali dettati in materia.

Dopo una breve premessa sull'attuale quadro normativo, il lavoro seguirà le linee direttive e le problematiche sopra delineate, nel tentativo ultimo – e questo dovrebbe essere l'obiettivo – di uscire dall'*impasse* e di fornire un punto di riferimento all'interprete tanto sotto il profilo normativo quanto sotto il profilo giurisprudenziale.

Il punto di riferimento potrebbe essere individuato nel principio di proporzionalità, che è frequentemente evocato dalla giurisprudenza, anche nazionale, in materia, ma spesso, come verrà evidenziato, più per legittimare *ex post* scelte dell'amministrazione invero non del tutto congrue, che quale concreta attuazione del principio, richiamato in generale dall'art. 1, c. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241.

Anticipando le considerazioni che verranno meglio approfondite, nel nostro ordinamento, infatti, la valutazione in senso talvolta atecnico della proporzionalità (peraltro spesso associata alla ragionevolezza) dovuta al timore che in qualche modo il giudice possa sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'amministrazione, ha rappresentato un ostacolo all'affermarsi della proporzionalità come canone effettivo d'azione. Solo recuperando questa seconda dimensione del principio potrebbero rendersi riconoscibili gli irrisolti problemi e le vistose contraddizioni sul tema dell'e-

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

esclusione del concorrente dalla gara e la sua concreta applicazione potrebbe rappresentare un utile strumento per ragionare sulle seppure incerte prospettive in materia.

2. L'art. 80, c. 5: problemi vecchi e questioni nuove

Per un'adeguata analisi dell'ipotesi di esclusione dalla gara del concorrente che ha violato gli obblighi tributari, sono necessarie alcune brevi premesse sul contesto generale di riferimento come definito dall'art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella versione attualmente vigente⁷.

La norma prevede al c. 1 un elenco tassativo di reati⁸, che comportano in caso di condanna definitiva⁹ l'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura d'appalto o concessione. Senonché, come già evidenziato nelle premesse, la norma non si limita a elencare specifici titoli di reato, ma, su sollecitazione del Consiglio di Stato¹⁰, si chiude con una clausola che stabilisce comunque l'esclusione in caso di condanna per «ogni

⁷ Per una disamina completa dell'art. 80, si veda il commento di T. Bonetti, *Commento all'art. 80*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di G. Iudica, A. Carullo, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, 721-735; per ulteriori approfondimenti si rinvia a C. Guccione, *I requisiti degli operatori economici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 724-730; F. Dallari, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, cit.; A.G. Pietrosanti, *L'esclusione per grave errore professionale tra i principi di proporzionalità, trasparenza e parità di trattamento*, cit.

⁸ Non si tratta di un elenco omogeneo di reati, l'esclusione consegue alla condanna per i reati di cui agli artt. 416, 416-bis, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355, 356, 648-bis, 648-ter, 648-ter. 1) c.p.; artt. 2621, 2622, 2635 c.c.; art. 74, d.P.R. 309/1990, art. 291-quarter, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43; art. 260, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

⁹ Alla sentenza definitiva di condanna è equiparata la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p.

¹⁰ Cons. St., comm. spec., par. 1 aprile 2016, n. 855, ha rilevato che «È opportuno integrare l'elenco con una clausola di chiusura (quale quella già recata dall'art. 38, comma 1, lett. c) del previgente codice), che sancisca comunque l'esclusione dalla gara in caso di condanne per reati gravi, comunque idonei ad incidere sulla moralità professionale del concorrente. In tal caso, dopo la lett. f) del comma 1 si dovrebbe inserire una lett. g) del seguente contenuto: “g) ogni altro reato grave in danno dello Stato o dell'Unione europea che sia idoneo ad incidere sulla moralità professionale”. In subordine, dovrebbe quanto meno essere prevista l'esclusione nel caso di ogni altra condanna penale da cui derivi quale pena accessoria l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, atteso che l'elenco dei reati contenuto nel comma 1 dell'art. 80 non è esaustivo di tutti i reati dai quali, secondo il vigente ordinamento penale, consegue l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione».

altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione».

Tale clausola di chiusura pone una serie di problemi applicativi, che verranno meglio approfonditi in rapporto alla categoria dei reati tributari, ma in questa sede vale la pena evidenziare la potenziale ampiezza della formula rispetto all'intento iniziale di superare l'impostazione del vecchio art. 38, c. 1, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. L'esclusione dell'operatore economico è automatica, non residuando in capo alla pubblica amministrazione aggiudicatrice alcun margine di discrezionalità nella scelta se ammettere o meno il concorrente alla gara.

Diversa è l'ipotesi prevista dal c. 5 dell'art. 80. Il legislatore, riproducendo in parte quanto previsto nel vecchio codice dei contratti pubblici dall'art. 38, c. 1, lett. f), prevede una serie di cause di esclusione rimesse all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante¹¹, che non deve individuare le fattispecie espulsive (individuazione di competenza del legislatore), ma, nel ricondurre le fattispecie concrete a quelle astratte, valutare «quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare»¹².

I contributi dottrinali e giurisprudenziali si sono in particolar modo concentrati su quanto previsto dall'art. 80, c. 5, lett. c)¹³. Se l'opera interpreta-

¹¹ Sull'interpretazione dell'art. 38, c. 1, lett. f), si veda *ex multis* TAR Lazio, Roma, sez. II, 25 febbraio 2019, n. 2491, che afferma «L'esclusione dalla gara d'appalto, prevista dall'art. 38, lett. f), d.lgs. 163 del 2006 (errori gravi in precedenti appalti) si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della P.A. fin dal momento genetico; per conseguenza, ai fini dell'esclusione di un concorrente non è necessario un accertamento della responsabilità per l'inadempimento relativo ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione della P.A. in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla S.A. che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa; potere il quale, in quanto discrezionale, è soggetto al sindacato del G.A. nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti».

¹² Così si esprimono le linee guida ANAC n. 6 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», che aggiungono «L'amministrazione è tenuta a motivare il provvedimento con specifico riferimento alle ragioni che l'hanno condotta alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico, alla gravità della fattispecie e alla connessione tra la condotta valutata e l'oggetto del contratto da affidare».

¹³ A. Amore, *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali" e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, in *Urb. app.*, 2019, 797-813; *Id.*, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tas-*

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

tiva dell'art. 80 nel suo complesso è ardua, quella sul c. 5 è un vero e proprio “rompicapo”¹⁴.

La difficoltà è data da una serie di ragioni, che in parte coincidono con quelle già evidenziate in premessa, ma che, con riferimento a questa particolare causa di esclusione, sono portate agli estremi.

In primo luogo perché in sede di recepimento della normativa comunitaria¹⁵, il legislatore non ha mantenuto distinte le situazioni autonomamente disciplinate come cause di esclusione facoltative, ma le ha unite nella fattispecie complessiva del «grave illecito professionale», dando luogo ad una categoria dal contenuto indeterminato e per ciò solo assai complessa¹⁶, perché se da un lato sarebbe stato impossibile, se non illusorio e contropro-

satività e legalità, in *Urb. app.*, 2017, 763-777; M. Didonna, *Gravi illeciti professionali, morosità del concorrente e garanzie difensive*, in *Urb. app.*, 2018, 538; Id., *Revoca di precedenti affidamenti e gravi illeciti professionali nel d.lgs. n. 50/2016*, in *www.italiappalti.it*, 19 gennaio 2017; Id., *Il grave errore professionale, tra attuale incertezza e imminente prospettiva europea*, in *Urb. app.*, 2016, 61; O. Marongiu, *Selezione delle offerte*, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, Nel diritto, 2016, 503-588; D.Villa, *La selezione degli offerenti*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Caringella, P. Mantini e M. Giustiniani, Roma, Dike, 2016, 273-287; F. Mastragostino, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2017, 745-753; R. Spagnuolo Vigorita, *Tutela della concorrenza nei contratti pubblici. Spunti di riflessione sull'art. 80 lett. c del d.lgs. 50/16*, in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, cit., 153 ss.; C. Contessa, *Il nuovo “Codice dei contratti” e la polimorfa nozione di “gravi illeciti professionali”*, in *Urb. app.*, 2018, 662; A. Nicodemo, *Gravi illeciti professionali, tutto cambia affinché nulla cambi*, in *Urb. app.*, 2019, 110-118; F. Manganaro e M. Germanò, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urb. app.*, 2019, 301-307; F. Bevilacqua, *Nessuna esclusione dalla gara per “grave illecito professionale” se il precedente inadempimento è incolpevole*, in *Urb. app.*, 2019, 563-571.

¹⁴ L'espressione è di A. G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 209.

¹⁵ Si veda art. 57, dir. 2014/24/Ue.

¹⁶ Si vedano *ex multis* Cons. St., sez. III, 11 giugno 2019, n. 3908, secondo cui «la circostanza che l'operatore economico si sia reso “colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità” costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato, il quale attiene ad una particolare tecnica legislativa in cui, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'interpretazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici»; nello stesso senso TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 agosto 2019, n. 10533; Cons. St., sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407, secondo cui «L'elencazione dei gravi illeciti professionali che possono portare all'esclusione dalla gara pubblica, contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c) D.Lgs. 50/2016, è meramente esemplificativa, ben potendo la stazione appaltante desumere il compimento di “gravi illeciti” da ogni altra vicenda pregressa, di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, qualora essa ne metta in dubbio l'integrità e l'affidabilità».

ducente, prevedere *ex ante* ogni singola ipotesi, dall'altro lato, così facendo, si è rimessa all'interprete non solo la sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, ma anche la definizione di quest'ultima.

In secondo luogo, per l'incessante opera del legislatore, che a più riprese è intervenuto sulla norma, con interventi non sempre lineari. Nella versione originaria, la norma espressamente disponeva l'esclusione dell'operatore economico, qualora la stazione appaltante dimostrasse con mezzi adeguati che si fosse reso colpevole di gravi comportamenti illeciti, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità e poi predeterminava tre ipotesi di illecito¹⁷, secondo alcuni con un'elencazione meramente esemplificativa¹⁸, secondo altri tassativa¹⁹. Il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12, ha modificato la lett. c), che ora si limita a disporre l'esclusione quando «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»; di fatto rimuovendo i casi esemplificativi di gravi illeciti professionali e elevandoli ad autonome e diverse cause di esclusione dalla procedura²⁰, senza tuttavia

¹⁷ La norma prevedeva che «Tra questi – gravi comportamenti illeciti – rientrano le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

¹⁸ Si vedano *ex multis* Cons. St., sez. III, 11 giugno 2019, n. 3908; Id., sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755; Id., sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; Id., 24 gennaio 2019, n. 591; Id., 3 gennaio 2019, n. 72; Id., 16 novembre 2018, n. 6461; TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 agosto 2019, n. 10533; TAR Puglia, Bari, sez. III, 13 agosto 2019, n. 1144, che nel ribadire la natura meramente esemplificativa precisa che «E tuttavia, affinché la valutazione della stazione appaltante possa essere effettiva è necessario che essa abbia a disposizione quante più informazioni possibili, della cui fornitura deve farsi carico l'operatore economico. L'omessa dichiarazione di informazioni rilevanti costituisce “grave errore professionale” che conduce all'espulsione del concorrente solo se la stazione appaltante lo reputi idoneo a compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore. Non vi è quindi una espulsione automatica, ma una doverosa valutazione sulla professionalità dell'operatore economico che, con adeguata motivazione, dia conto delle ragioni dell'esclusione ovvero della sua ammissione».

¹⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 2 maggio 2018, n. 4793; TAR Sardegna Cagliari, sez. I, 23 febbraio 2017, n. 124.

²⁰ Sono state infatti aggiunte le lettere *c-bis*) e *c-ter*) che espressamente prevedono l'esclusione dell'operatore economico che «abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di pro-

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

risolvere, anzi, secondo parte della dottrina accentuando²¹, le problematiche correlate all'indeterminatezza della normativa²². È dunque intervenuto il d.l. 18 aprile 2019, n. 32²³, convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, che ha aggiunto la lett. *c-quater*), che espressamente prevede l'esclusione dell'operatore economico che «abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sen-

prio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione» e che «abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa». ANAC continua a inquadrare le fattispecie ora previste come autonome cause di esclusione alle lettere *c-bis*) e *c-ter*) quali *species* (Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto; Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara; Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità) del più ampio *genus* del "grave illecito professionale".

²¹ In questo senso A. Amore, *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali" e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, cit.; F. Manganaro e M. Germanò, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urb. app.*, 2019, 305.

²² Con l'introduzione della lett. *c-ter*) il legislatore ha recepito le indicazioni che venivano dalla giurisprudenza in ordine all'opportunità di rivedere la norma come precedentemente formulata, che di fatto paralizzava il potere discrezionale dell'amministrazione per l'effetto della proposizione di un ricorso contro la risoluzione di un precedente contratto d'appalto di cui l'offerente era firmatario, anche nell'ipotesi in cui il suo comportamento era effettivamente carente da giustificare la risoluzione. Così facendo, il legislatore ha di fatto anticipato la sentenza della C. giust. UE, 19 giugno 2019, C-41/18, Meca s.r.l., che ha affermato che «L'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce». La questione era stata rimessa alla Corte di giustizia dal TAR Campania, Napoli, sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5893. Analoga questione di compatibilità della norma era stata rimessa anche da Cons. St., sez. V, ord. 23 agosto 2018, n. 5033 e Cons. St., sez. V, ord. 3 maggio 2018, n. 2639. Di contrario avviso l'ANAC che anche nella versione revisionata delle linee guida continua a far riferimento alla «risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio».

²³ Per un commento R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, in *Urb. app.*, 2019, 443-470.

tenza passata in giudicato». Si tratta di una causa di esclusione obbligatoria, che non era espressamente prevista dalle direttive europee e che, oltre a porsi in controtendenza rispetto al complessivo processo riformatore in tema di subappalto²⁴, sembra ignorare il dibattito giurisprudenziale precedente e in corso, reintroducendo il tema dell'inadempimento riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato, con la conseguenza che all'operatore economico basta impugnare l'inadempimento per evitare l'esclusione. Vengono di fatto riprodotte le criticità che erano già state sollevate con riferimento alle altre ipotesi di esclusione e che caratterizzano anche l'ipotesi di esclusione oggetto della presente disamina, creando così un totale disallineamento tra questa causa di esclusione e le altre.

Le difficoltà interpretative derivano inoltre dall'indeterminatezza dei concetti («gravi illeciti professionali», «integrità», «significative carenze», etc.), cui nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto supplire l'ANAC²⁵, che si è invece spesso mostrata non adeguata ad apportare sul tema chiarimenti definitivi anche per il carattere non vincolante delle linee guida e per «la difficoltà di individuare in modo chiaro e preciso il precetto da osservare e la sua portata a fronte di un testo sviluppato in forma discorsiva»²⁶, lasciando così gli operatori economici nell'incertezza di un potere espulsivo esercitato discrezionalmente dalla stazione appaltante²⁷.

A queste criticità deve aggiungersi, l'incessante opera della giurispru-

²⁴ Il d.l. n. 32/2019 ha modificato il limite dal 30% al 50% e ha abolito la terna obbligatoria, la l. n. 55/2019 ha sospeso la terna dei subappaltatori fino al 31 dicembre 2020 e per l'effetto l'applicazione dell'art. 80, c. 1 e 5, quanto alla verifica in gara dei requisiti generali nei confronti dei subappaltatori in caso di terna obbligatoria; da ultimo C. giust. UE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/2018 ha affermato che «La direttiva 2014/24/UE osta a una normativa nazionale che limita — a pena di automatica esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione — al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi»; si veda in dottrina M. Dugato, *Il subappalto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 737-741.

²⁵ L'art. 80, c. 13, ha rimesso all'ANAC la possibilità di adottare apposite linee guida allo scopo di specificare da un lato i mezzi di prova idonei per la dimostrazione delle circostanze di esclusione e, dall'altro, le eventuali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto da considerare significative ai fini dell'esclusione.

²⁶ Rileva in generale tale difficoltà G. D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, cit., 57.

²⁷ Sulle linee guida n. 6, A. Amore, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. app.*, 2017, 763-777; L. Mazzeo e L. De Pauli, *Le Linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2018, 155-163; in giurisprudenza Cons. St., sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299; Id., sez. III, 23 novembre

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

denza nazionale, ma soprattutto europea, che a più riprese è intervenuta sulla norma, in alcuni casi anticipando o confermando l'intervento del legislatore²⁸, in altri casi con pronunce integrative²⁹.

I problemi sulla rilevanza della causa di esclusione sono infine il riflesso delle incertezze interpretative e delle non poche perplessità sul piano dell'onere dichiarativo e sulla sua portata. Le irregolarità dichiarative sono normativamente definite nel quadro delle situazioni idonee a rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente: se nella versione antecedente

2017, n. 5467; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 26 marzo 2018, n. 485; TAR Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119.

²⁸ È quanto avvenuto con la sentenza C. giust. UE, sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/18, Meca s.r.l. che di fatto ha confermato quanto già disposto dall'art. 5, c. 1, d.l. n. 135/2018.

²⁹ È quanto avvenuto con riguardo all'esclusione dell'operatore economico per violazione delle norme in tema di concorrenza, C. giust. UE, sez. IX, 4 giugno 2019, C-425/18, Consorzio nazionale servizi società cooperative, che ha affermato la non conformità alle direttive europee della disciplina nazionale nella parte in cui esclude, dall'ambito di applicazione dell'errore grave commesso da un operatore economico nell'esercizio della propria attività professionale, i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'Autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. La questione era stata rimessa da TAR Piemonte, sez. I, ord. 21 giugno 2018, n. 770 nell'ambito di una controversia in cui la stazione appaltante dopo l'aggiudicazione pronunciava la decadenza dell'aggiudicazione della ricorrente essendo emerso che l'AGCM aveva provveduto a sanzionarla con un provvedimento definitivo per aver partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza. Nello stesso senso si era espressa C. giust. UE, 13 dicembre 2012, C-465/11, Forposta e ABC Direct Contact, secondo cui la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza costituisce una causa di esclusione rientrante nell'art. 45, par. 2, c. 1, lett. d), dir. 2004/18/Ce. Sulla rilevanza dei provvedimenti di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust si è espressa anche l'ANAC nelle linee guida n. 6, ritenendo che la stazione appaltante deve valutare ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente «i provvedimenti definitivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare»; in tal senso anche Cons. St., comm. spec., 23 ottobre 2018, n. 2616, secondo cui «sebbene di tali provvedimenti non sia fatta espressa menzione dell'art. 80, comma 5, una lettura sistematica di tale comma, laddove in via di principio definisce gli illeciti professionali come (quelli che sono) tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente, rende possibile e ragionevole – e anche rispettoso del principio di proporzionalità – ricomprendere nella clausola aperta di cui al comma 5 anche l'illecito antitrust sanzionato dall'Agcm, peraltro in questo modo recependo l'indicazione facoltizzante già ricordata presente nella direttiva 24/2014, all'art. 57.4., lett. d) – e prima ancora nel considerando n. 101 della stessa – e di cui già in passato la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva ammesso la possibile rilevanza».

alle modifiche apportate dal d.l. n. 135/2018 l'obbligo informativo era un obbligo senza dubbio strumentale, finalizzato a mettere la stazione appaltante in condizione di conoscere tutte le circostanze rilevanti per l'apprezzamento dei requisiti di moralità e meritevolezza, la scissione della lett. c) e della successiva lett. *c-bis*) potrebbe averlo elevato ad obbligo finale dotato di autonoma rilevanza, con la conseguenza che l'omissione, la reticenza, l'incompletezza, insieme alla più grave falsità, divengono forme sintomatiche di grave illecito professionale in sé per sé.

Anche su questo punto l'ANAC non è stata in grado di fornire chiarimenti univoci. Inizialmente ha infatti inteso l'onere dichiarativo in termini omnicomprensivi ritenendo che dovessero essere rese note «tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente»³⁰, per poi restringere il contenuto a «tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico»³¹, e rimettendo in via esclusiva alla stazione appaltante la decisione in ordine alla rilevanza dei comportamenti ai fini dell'esclusione. A seguito delle ulteriori modifiche apportate all'art. 80, l'ANAC è nuovamente intervenuta sul testo delle linee guida prevedendo che gli operatori economici devono autocertificare «la sussistenza delle cause di esclusione individuate dall'art. 80 nonché dei mezzi di prova specificatamente indicati nelle presente Linee guida», precisando con riguardo alla lett. *c-bis*) che rilevano i comportamenti «volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio».

Anche in giurisprudenza non c'è unanimità di vedute sulla portata dell'obbligo dichiarativo, tanto che la questione è stata di recente rimessa

³⁰ ANAC, delibera 16 novembre 2016, n. 1293; in giurisprudenza sul tema si veda Cons. St., sez. V, 3 settembre 2018, n. 5136 secondo cui «al di là del riferimento contenuto nelle Linee Guida (peraltro non vincolanti: cfr. il già citato parere n. 2286/2016) alle “notizie” astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, il relativo obbligo dichiarativo si venga comunque a specificare – mediante il rinvio che l'art. 85 fa alla disposizione dell'art. 80 – nel senso che l'operatore economico ha l'obbligo di autocertificare nel DGUE tutti i fatti tipicamente sintomatici della mancanza di integrità od affidabilità (tra cui in particolare le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto solo quando “hanno causato la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni”); con il corollario che non ha invece l'obbligo di dichiarare altre “notizie” e ciò perché queste non sono “astrattamente” – cioè secondo il modello legale astratto delineato appunto dall'art. 80, comma 5, lett. c) – idonee allo scopo».

³¹ ANAC, delibera 11 ottobre 2017, n. 1008, linee guida n. 6 aggiornate al d.lgs. n. 56/2017.

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato³². A un primo orientamento che aderisce a un concetto ampio di onere dichiarativo, che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, che prescinde dal termine triennale e addirittura vi ricomprende la dichiarazione di esclusione in altre gare³³, si contrappone un indirizzo che ridimensiona la portata dell'obbligo, negando la rilevanza delle esclusioni non inserite nel casellario ANAC, degli inadempimenti non sfociati in risoluzioni, delle controversie contrattuali ancora da definire, delle precedenti esclusioni in altre gare, in quanto la previsione senza limite di operatività «potrebbe rilevarsi eccessivamente onerosa per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di un'impresa»³⁴. È poi maturata una prospettiva diversa che, sulla base dei riferimenti normativi peraltro anche sotto questo profilo oggetto di numerosi interventi correttivi, integrativi³⁵, muove dalla distinzione tipologica tra dichiarazioni omesse, reticenti o incomplete e dichiarazioni false, rappresentative di una circostanza in fatto diversa dal vero³⁶: mentre con riguardo alle prime, sarebbe rimessa alla stazione appaltante la facoltà di valutarle ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico, alle seconde conseguirebbe l'automatica esclusione.

Il risultato è, in definitiva, che la nuova disposizione non ha superato le criticità del vecchio art. 38 e presenta ancora oggi numerosi e rilevanti aspetti di incertezza. Anzi, nel rimettere l'effettiva operatività del meccanismo espulsivo ad un «tracciato interpretativo per così dire a tre corsie,

³² Cons. St., sez.V, ord., 9 aprile 2020, n. 2332.

³³ Tra le molte si vedano Cons. St., sez.V, 29 novembre 2018, n. 6787; ID., 19 novembre 2018, n. 6530; ID., 23 agosto 2018, n. 5036; ID., 25 luglio 2018, n. 4532; ID., 11 giugno 2018, n. 3592; ID., 28 marzo 2018, n. 1935.

³⁴ Tra le molte si vedano Cons. St., sez.V, 22 luglio 2019, n. 5171; ID., 24 gennaio 2019, n. 597; ID., 9 gennaio 2019, n. 196; ID., 2 agosto 2018, n. 4790; ID., 25 luglio 2018, n. 4594; ID., 3 aprile 2018, n. 2063; ID., 5 marzo 2018, n. 1346; ID., 13 settembre 2018, n. 5365; ID., 3 settembre 2018, n. 5142; ID., sez. III, 12 luglio 2018, n. 4266; ID., 21 novembre 2018, n. 6576.

³⁵ Nella versione attualmente vigente dell'art. 80, la lett. *c-bis*) fa riferimento a «informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e all'omissione delle «informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»; la lett. *f-bis*) attiene alla presentazione di «documentazione o dichiarazioni non veritiere»; la lett. *f-ter*) prevede l'iscrizione nel casellario ANAC «per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti»; analogamente la lett. *g*) riguarda «false dichiarazioni o falsa documentazione».

³⁶ Cons. St., sez.V, 12 aprile 2019, n. 2407; ID., 3 settembre 2018, n. 5141.

percorse rispettivamente, da ANAC, stazioni appaltanti e giurisprudenza»³⁷, il rischio di “sbandamento” per l’operatore economico non è solo possibile, ma altamente probabile.

2.1. La condanna per un reato tributario: esclusione automatica o discrezionale?

Nel contesto così sommariamente delineato nei suoi tratti critici, si inserisce l’ipotesi di esclusione dell’operatore economico non in regola con il fisco.

Come già evidenziato, con riferimento a questa causa escludente, si pone innanzitutto un problema di inquadramento. L’operatore economico che ha un debito con l’erario di gravità tale da configurare un reato tributario potrebbe in astratto essere escluso tanto ai sensi del c. 1, lett. g) – poiché per la maggior parte dei reati tributari è prevista la pena accessoria dell’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione – quanto ai sensi del c. 5, lett. c), se si valuta la violazione tributaria un illecito professionale grave.

In ogni caso si incorre in una serie di questioni interpretative.

In primo luogo, occorre chiedersi se la condanna cui fa riferimento la lett. g) vada intesa in concreto o in astratto, cioè se ai fini dell’esclusione debba essere stata effettivamente comminata una condanna con la relativa pena accessoria, o se sia sufficiente che sia in corso un procedimento penale per un reato che prevede l’incapacità di partecipare alle procedure di gara³⁸. Aderendo alla prima interpretazione, si incorrerebbe in una tautologia, perché si pretenderebbe che una norma di parte generale, che nulla aggiunge o prescrive nel caso specifico, confermi quanto statuito dal giudice in sede di condanna. Diversamente opinando, anche in caso di patteggiamento – cui non consegue la pena accessoria dell’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione – l’operatore economico dovrebbe essere escluso dalla procedura pubblica ai sensi dell’art. 80, c. 1, del codice dei contratti pubblici.

In secondo luogo, va evidenziato che, seppure le locuzioni siano indistintamente utilizzate dal legislatore, quasi come fossero sinonimi, l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione ha una portata più ampia rispetto all’esclusione dalle procedure di gara. Per quanto concerne l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione può essere utile

³⁷ A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall’art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, cit.

³⁸ Altra questione riguarda gli obblighi di dichiarazione e cioè se l’omessa comunicazione del dispositivo di una sentenza penale, prima ancora che venga depositata la motivazione, possa costituire un autonomo motivo di esclusione dalla procedura di gara per dichiarazione reticente. Sul punto si veda *supra* par. 2.

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

ricordare che ai sensi dell'art. 32-ter c.p. l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione «importa il divieto di concludere contratti con la pubblica amministrazione – di ogni tipo, non solo quindi quelli stipulati all'esito di una procedura ad evidenza pubblica – salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio» e «non può avere durata inferiore ad un anno né superiore a cinque anni»³⁹.

In terzo luogo, i casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di

³⁹ Nel vigente ordinamento penale non è previsto che le condanne fissino il periodo di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara e l'art. 37 c.p. sancisce un criterio residuale per stabilire la durata delle pene accessorie (ivi compresa quella della incapacità di contrattare con la p.a.), ove non fissata dalla sentenza, diverso da quello utilizzato dal codice dei contratti pubblici: «Quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria temporanea, e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta, o che dovrebbe scontarsi, nel caso di conversione, per insolvibilità del condannato. Tuttavia, in nessun caso essa può oltrepassare il limite minimo e quello massimo stabiliti per ciascuna specie di pena accessoria». La versione originaria dell'art. 80 sanciva che «Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna». Il d.l. n. 32/2019 è intervenuto sulla durata delle cause ostative di cui all'art. 80, al fine di meglio coordinare la norma con la l. 9 gennaio 2019, n. 3, in tema di delitti contro la p.a. e con le direttive europee e nella versione attualmente vigente stabilisce che «Se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata della esclusione dalla procedura d'appalto o concessione è: a) perpetua, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale; b) pari a sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione; c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione. Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale. Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso». Sulle criticità in tema di durata delle cause ostative si vedano in dottrina R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici*, cit. e A. Amore, *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali" e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, cit.; in giurisprudenza *ex multis* Cons. St., sez. V, 6 maggio 2019, n. 2895; Id., 19 novembre 2018, n. 6530.

contrattare con la pubblica amministrazione sono disciplinati dall'art. 32-*quater* c.p. e solo in parte coincidono con l'elenco dei reati indicati dall'art. 80, c. 1⁴⁰. La lettura in combinato disposto delle due norme potrebbe così dare un senso alla lett. g), includendo nella stessa, per differenza, quei reati indicati dall'art. 32-*quater* c.p., ma non elencati nell'art. 80, c. 1. Così interpretata, dovrebbe vedersi con favore la scelta del legislatore del 2016 di introdurre una formula di chiusura ampia, ma sicuramente meno indeterminata, di quella prevista dall'art. 38 del previgente codice, e suggerita dal Consiglio di Stato che faceva riferimento a tutti i casi di condanne per reati gravi, idonei a incidere sulla moralità professionale del concorrente⁴¹ e che poneva in capo alle singole stazioni appaltanti l'onere di valutare l'incidenza delle condanne rispetto all'appalto da affidare, con esiti spesso divergenti a seconda della diversa valutazione in ordine alla medesima condanna penale. Ai fini che qui interessano, ma non vi sarebbe ragione di dare risposta negativa, dovrebbe chiedersi se rientrano nel c. 1 anche quei reati, non previsti dall'art. 32-*quater* c.p., ma per i quali la legge stabilisce l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, tra cui i reati tributari. L'art. 12, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, prevede infatti quale pena accessoria per una serie di delitti tributari⁴² «l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione per un periodo non inferiore ad un anno e non superiore a tre anni».

⁴⁰ L'art. 32-*quater* c.p. così dispone: «Ogni condanna per i delitti previsti dagli articoli 314, c.1, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353, 355, 356, 416, 416-*bis*, 437, 452-*bis*, 452-*quater*, 452-*sexies*, 452-*septies*, 454-*quaterdecies*, 501, 501-*bis*, 640, c. 2 n. 1), 640-*bis*, 644 commessi in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa, importa l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione».

⁴¹ Cons. St., comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855 «E' opportuno integrare l'elenco con una clausola di chiusura (quale quella già recata dall'art. 38, comma 1, lett. c) del previgente codice), che sancisca comunque l'esclusione dalla gara in caso di condanne per reati gravi, comunque idonei ad incidere sulla moralità professionale del concorrente. In tal caso, dopo la lett. f) del comma 1 si dovrebbe inserire una lett. g) del seguente contenuto: "g) ogni altro reato grave in danno dello Stato o dell'Unione europea che sia idoneo ad incidere sulla moralità professionale". In subordine, dovrebbe quanto meno essere prevista l'esclusione nel caso di ogni altra condanna penale da cui derivi quale pena accessoria l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, atteso che l'elenco dei reati contenuto nel comma 1 dell'art. 80 non è esaustivo di tutti i reati dai quali, secondo il vigente ordinamento penale, consegue l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione. Siffatta integrazione non sembra incontrare limiti nel divieto di *gold plating*, se correttamente inteso, come indicato nella parte generale. In tal caso vengono in rilievo principi di tutela dell'ordine pubblico e non meri oneri burocratici».

⁴² La pena accessoria è prevista per il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2); dichiarazione fraudolenta

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

Se dunque, ferme le criticità sopra evidenziate, non sembra potersi dubitare che la condanna per un reato tributario costituisca potenziale motivo di esclusione ai sensi del c. 1 dell'art. 80, il recente intervento dell'ANAC pone la questione se la stessa possa rilevare anche ai sensi del c. 5.

Le linee guida, infatti, nel definire l'ambito oggettivo del c. 5, lett. c), dopo aver affermato che rappresentano cause di esclusione «gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento», precisano che «in particolare, rilevano [...] le condanne non definitive per i reati di cui all'art. 80, co. 1 nonché per i seguenti reati: [...] c. reati tributari ex d.lgs. 74/2000».

Occorre quindi interrogarsi sulla liceità dell'ampliamento effettuato dall'ANAC della casistica dei gravi illeciti professionali (e contestualmente delle cause di esclusione), oltre i confini del parametro legislativo, nel caso di specie rappresentato dall'art. 80, c. 13⁴³. Se in linea di principio potrebbe ritenersi violato il principio di legalità sostanziale, nella pratica, la violazione

mediante altri artifici (art. 3); dichiarazione infedele (art. 49; omessa dichiarazione (art. 5); emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8); occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10); omesso versamento di ritenute dovute o certificate (art. 10-*bis*); omesso versamento di IVA (art. 10-*ter*); indebita compensazione (art. 10-*quater*); sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11).

⁴³ Su tale specifica questione si veda A. Amore, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, cit., che ritiene che «le parti relative all'ampliamento della casistica di illeciti professionali [...] dovrebbero essere dichiarate illegittime per violazione del principio di legalità sostanziale poiché sconfinano il parametro legislativo, art. 80, comma 13, del Codice. Da ultimo, anche a voler ammettere la possibilità di “spacchettamento” delle Linee, assumendo come parametro legislativo di riferimento – come sostenuto dall'ANAC e dal Consiglio di Stato – l'art. 213, comma 2, del Codice, sussisterebbe comunque un profilo di illegittimità derivante dalla violazione del principio di legalità c.d. procedimentale»; *contra* ANAC, relazione AIR Linee guida «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 www.anac.it: «[...] Ciò non ha comportato l'introduzione di nuove e/o ulteriori ipotesi ostative alla partecipazione alle gare rispetto a quelle previste dal Codice. In ogni caso, si rammenta che l'art. 213, comma 2, del Codice attribuisce all'ANAC il potere di adottare linee guida al fine di garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, soprattutto al fine di favorire l'adozione di comportamenti omogenei, pertanto, la legittimazione dell'Autorità ad intervenire in materia non è posta in dubbio»; Cons. St., par. 26 ottobre 2016, n. 2286 secondo cui «Le linee guida elaborate dall'ANAC hanno consapevolmente un perimetro più esteso rispetto a quello fissato dall'art. 80, c. 13»; nello stesso senso ID., par. 25 settembre 2017, n. 1503; ID., par. 23 ottobre 2018, n. 2616.

è stemperata dalla considerazione che la natura non vincolante delle linee guida fa sì che la decisione di applicare o meno quanto disposto dall'Autorità indipendente (e quindi di escludere il concorrente) sia di fatto rimessa alla stazione appaltante che, in materia, già prima dell'intervento del 2016, in virtù della riconosciuta natura esemplificativa dell'elenco legislativo, aveva il potere di escludere un operatore economico per cause diverse da quelle previste dalla legge, previa dimostrazione che quell'illecito professionale rendeva dubbia la sua integrità o affidabilità.

Superata questa prima criticità e ritenuto che la condanna per un reato tributario possa rilevare quale causa escludente ai sensi del c. 5, il tema pone ulteriori questioni interpretative.

Se l'elenco di cui al punto 2.2 delle linee guida si interpreta, come sembra essere giusto interpretare, quale *species* della categoria degli illeciti professionali gravi di cui al punto 2.1⁴⁴, diventa difficile spiegare come gli illeciti tributari possano incidere negativamente sul vincolo fiduciario tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, alla cui tutela è preposto il c. 5⁴⁵.

In secondo luogo, sempre attraverso un'operazione interpretativa delle linee guida, potrebbe concludersi che, così come per i reati specificatamente elencati dal c. 1 la condanna non definitiva, in virtù di quanto disposto da ANAC, può essere sintomo di un comportamento riprovevole dell'operatore economico rilevante ai fini dell'esclusione ai sensi del c. 5, allo stesso modo, il reato tributario accertato con sentenza non definitiva può rilevare ai sensi del c. 5.

Si tratta comunque di interpretazioni che incontrano il limite della natura non vincolante delle linee guida. In dottrina non è mancato chi ha ritenuto che le previsioni a carattere non vincolante non lasciano piena libertà di azione all'amministrazione aggiudicatrice, «in quanto legittimano la possibilità di una deviazione dall'indirizzo interpretativo fornito dall'ANAC solo a condizione che vi sia una adeguata e puntuale motivazione che in relazione anche alla peculiarità del caso concreto giustifichi la diversa scelta amministrativa»⁴⁶. Tale indirizzo, che accosta le linee guida non vincolanti

⁴⁴ In tal senso Cons. St., comm. spec., par. 23 ottobre 2018, n. 2616, che rileva come «nel primo rigo del par. 2.2. sarebbe opportuno sostituire le parole “In particolare” con la parola “inoltre”, salve che, per simmetria e coerenza espositiva, non si vogliano raggruppare “le condanne non definitive per i reati di cui all’art. 80, comma 1, nonché quelle per i seguenti reati” – cui si riferisce il predetto par. 2.2 – in una quarta, apposita classe tipologica cui dedicare un proprio paragrafo».

⁴⁵ Si veda *ex multis* Cons. St., sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192.

⁴⁶ G.D. Comporti, cit., 59; M. Ramajoli, *Pretesa precettiva e flessibilità della Linee guida Anac*, in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, cit., 79-92.

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

alle direttive e riconosce una certa efficacia alle stesse, è smentito da quella giurisprudenza che discredita la forza delle linee guida a tal punto da ritenere non immediatamente lesive anche quelle espressamente classificate come vincolanti⁴⁷. Se in generale, in ogni campo del diritto, le linee guida escono rafforzate grazie all'opera di richiamo delle medesime effettuata dalla giurisprudenza, nel settore dei contratti pubblici, in generale, e in materia di esclusione del concorrente della gara, in particolare, per ora è avvenuto l'opposto. Il Consiglio di Stato in sede consultiva, invece che richiamare le

⁴⁷ Emblematico è il caso delle linee guida 11, approvate con delibera ANAC, 4 luglio 2018, n. 614, recanti «Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea». Il TAR Lazio con innumerevoli sentenze ha ritenuto che anche nella parte II qualificata da ANAC come vincolante, le linee guida non possono dirsi immediatamente lesive, TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 giugno 2019, nn. 7934, 7936; Id., 20 giugno 2019, nn. 8043, 8045, 8047, 8048, 8049, 8050, 8052, 8060, 8063, 8065, 8067, 8071, 8073, 8090, 8091; Id., 24 giugno 2019, nn. 8217, 8221, 8222, 8224, 8226, 8227, 8228, 8229, 8230, 8233, 8234, 8235, 8236, 8239, 8240, 8241, 8242; Id., 27 giugno 2019, nn. 8369, 8371, 8372, 8373, 8374, 8376, 8386; Id., 3 luglio 2019, n. 8678: «Per concludere sul punto, si deve affermare che le previsioni contenute nella parte I delle Linee Guida dell'ANAC, n 11, non hanno portata lesiva e non sono, quindi, immediatamente impugnabili, con conseguente inammissibilità dei relativi motivi aggiunti. A tale conclusione deve pervenirsi anche per quanto riguarda la parte II delle linee guida, autoqualificatasi "vincolante", con la quale sono specificati taluni obblighi in capo al concedente e ai concessionari in relazione alla pubblicazione di dati riguardanti la concessione. Infatti, l'atto di regolazione dell'Anac non presenta carattere immediatamente lesivo». Pressoché negli stessi termini TAR Lazio, Roma, sez. I, 15 luglio 2019, nn. 9308, 9309, 9310, 9311, 9312, 9313, 9314, 9316, 9318, 9319, 9321, 9323, 9324, 9325, 9326, 9328, 9329, 9330, 9331, 9332, 9334, 9335: «Anche per quanto riguarda la parte II delle linee guida, autoqualificatasi "vincolante", con la quale sono specificati taluni obblighi in capo al concedente e ai concessionari anche in relazione alla pubblicazione di dati riguardanti la concessione, l'atto di regolazione dell'Anac non presenta carattere immediatamente lesivo. Infatti, gli operatori economici che ritengono di non doversi adeguare alle indicazioni ivi contenute in ragione della peculiarità del rapporto consorzio non incorrono immediatamente nella sanzione: l'art. 177, comma 3, infatti, con norma a carattere chiaramente vincolante, da una parte stabilisce che le sanzioni vengono applicate dagli enti concedenti solo quando una "situazione di squilibrio" sia constatata per due anni consecutivi, d'altra parte prevede che la verifica delle situazioni di squilibrio deve essere effettuata annualmente: è evidente che l'esito di siffatta verifica annuale deve necessariamente sfociare in un formale atto dell'ente concedente, il quale dovrà rendere il concessionario edotto delle ragioni per cui l'amministrazione ritiene comunque applicabile nei suoi confronti l'articolo 177, nonché dell'eventuale esito sfavorevole della verifica e della riscontrata situazione di squilibrio, in modo da consentirgli di porre rimedio alla situazione e di evitare la sanzione l'anno successivo».

linee guida e la loro forza più o meno vincolante, ha, al contrario, più volte caldeggiato una maggiore osservanza da parte delle stesse della pregressa giurisprudenza in materia e sono numerose le occasioni in cui ha negato la natura di vincolo puntuale.

Non è questa la sede per dare un giudizio sullo strumento di regolazione introdotto dal legislatore del 2016 e su come l'ANAC stia assolvendo al suo compito, ma sicuramente, nella sola misura funzionale al discorso fino ad ora condotto, non sembra azzardato concludere nel senso che nulla è cambiato in tema di esclusione dell'operatore economico dalla gara. La scelta, cioè, continua ad essere rimessa a una valutazione discrezionale della stazione appaltante e di questo dovrà tenersi conto nelle considerazioni che si andranno a svolgere.

In definitiva, in presenza di una condanna per un reato tributario, a prescindere dal fatto che la fattispecie sia ricompresa o meno tra quelle menzionate dalla norma di legge o dalle linee guida, la stazione appaltante può considerare il comportamento rilevante ai fini dell'esclusione, purché rispetti il particolare rigore probatorio che le è imposto⁴⁸.

2.2. La violazione degli obblighi tributari: è legittima la previsione della definitività dell'accertamento?

L'esclusione dell'operatore economico non in regola con il fisco, e il discorso va in questo caso esteso, come già evidenziato nelle premesse, all'irregolarità previdenziale, è altresì contemplata dal c. 4 dell'art. 80, che espressamente dispone l'esclusione dalla partecipazione a una procedura d'appalto di chi «ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti»⁴⁹.

⁴⁸ Si veda *ex multis* TAR Lazio, Roma, sez. I, 4 marzo 2019, n. 2771: «Tanto premesso, deve osservarsi che tra le ipotesi previste espressamente dalla norma di legge e dalle linee guida non è ricompresa quella cui fa riferimento il provvedimento impugnato, vale a dire il rinvio a giudizio per il reato di corruzione dell'ex amministratore unico della società partecipante. Venendo pacificamente in considerazione una fattispecie estranea a quelle elencate, l'amministrazione era tenuta a fornire una motivazione particolarmente rigorosa al provvedimento adottato, in modo da provare "con mezzi adeguati", come espressamente richiesto dall'art. 80, il valore sintomatico del fatto dichiarato ai fini espulsivi».

⁴⁹ Analoga disposizione era presente nel vecchio codice all'art. 38, c. 1, lett. g): «Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accer-

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

Nel valutare la sussistenza della causa di esclusione, la stazione appaltante non ha margini nella valutazione della gravità, che è effettuata a monte dal legislatore che, utilizzando un parametro oggettivo di tipo quantitativo, definisce quali sono le violazioni gravi e, al di sotto dell'importo indicato, risultano presunte la regolarità fiscale e la solvibilità dell'impresa concorrente (5.000 euro in base alla vigente formulazione dell'art. 48-*bis*, c. 1 e 2, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602)⁵⁰. Uguale automatismo è previsto con riguardo alla irregolarità contributiva e previdenziale dell'operatore economico, dal momento che il c. 4 ricollega la gravità della violazione al fatto del mancato rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC)⁵¹. La

tate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti a livello europeo»; e nell'art. 57, dir. 2014/24/UE: «2. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice».

⁵⁰ Nella versione originaria della norma la mancanza di alcun riferimento alla gravità della violazione aveva cagionato orientamenti difformi in seno alla giurisprudenza. *Ex multis* Cons. St., sez.V, 10 agosto 2010, n. 5556 secondo cui «ai fini della configurabilità del requisito della regolarità fiscale è escluso ogni rilievo alla modestia dell'entità del debito definitivamente accertato, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di apprezzamento discrezionale della gravità e del sottostante elemento psicologico della violazione, in ragione dello scopo perseguito dal legislatore di garantire non solo l'affidabilità dell'offerta e, nell'esecuzione del contratto, anche la correttezza e la serietà del concorrente»; *contra* Cons. St., sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2226 secondo cui «deve essere di volta in volta in concreto indagata la vicenda relativa all'assolvimento degli obblighi di pagamento di imposte e di tasse per accertarne la rilevanza, mirando la necessaria verifica ad appurare non già la sussistenza di una mera singola violazione, ma la globale regolarità sul piano tributario di ciascuna impresa partecipante alla gara quale eventuale futura contraente con la Pubblica Amministrazione, coincidente con la sottesa correttezza delle scritture contabili e del conseguente pagamento di ogni correlata prestazione imposta, che si renda a tal fine dovuta, capace di accreditare anche sotto questo particolare aspetto una regolare gestione finanziaria e la conseguente solvibilità delle imprese».

⁵¹ Il c. 4 rinviava al solo art. 8 del d.m. 30 gennaio 2015, che si riferiva alle cause ostative alla regolarità contributiva, consistenti in illeciti penali e/o amministrativi in materia di tutela delle condizioni di lavoro (es. omicidio e lesioni in violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni, rimozione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro etc.). Il d.lgs. n. 56/2017 ha eliminato il riferimento all'art. 8, rinviando in generale al d.m. 30 gennaio 2015, e quindi anche alle ipotesi di irregolarità dei pagamenti ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva previste dall'art. 3. Gli illeciti previsti dall'art. 8 peraltro, al pari di quelli tributari, potrebbero rilevare come motivo di esclusione ai sensi del c. 5, lett. c).

verifica della regolarità contributiva è dunque demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni sono imposte alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto, anche quando escludenti.

Innanzitutto, occorre chiedersi se la previsione del c. 4 abbia come effetto quello di escludere la rilevanza della violazione tributaria (e previdenziale), come supposto nei precedenti paragrafi, ai sensi del c. 1 e/o del c. 5. Senonché, considerato il c. 1 che precede e il c. 5 di cui si è detto sembra potersi affermare che si tratta di una norma che concerne mere irregolarità o comunque violazioni non penalmente rilevanti (o non riconducibili alle fattispecie di cui al c. 5). Tanto sarebbe confermato anche dal tenore della norma e dal minor rigore del legislatore che in tal caso prevede, introducendo una sorta di ravvedimento operoso, che se l'operatore economico ottempera ai suoi obblighi «pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe», non deve essere escluso dalla procedura di gara, «purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande»⁵². Dunque, in presenza di irregolarità fiscali e previdenziali, il legislatore ha sì previsto un'autonoma fattispecie escludente dalle procedure di gara, ma ha altresì stabilito che essa possa essere superata (ossia, di fatto, non operi) se l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte. Può quindi partecipare il concorrente che ha ottenuto la rateizzazione del debito ed è in regola con i relativi pagamenti, purché l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della scadenza del termine per

⁵² Si veda sul punto Cons. St., sez.V, 2 gennaio 2019, n. 15, secondo cui «Non merita condivisione la tesi secondo cui non potrebbe disporsi l'esclusione dalla procedura dell'operatore economico concorrente che abbia aderito alla definizione agevolata dei carichi fiscali prevista dall'art. 6 d.l. 22 settembre 2016, n. 193 conv. in l. 21 dicembre 2016, n. 225, successivamente alla data di presentazione della domanda di partecipazione, se, a quel tempo, erano ancora pendenti i termini per l'adesione»; Id., 2 luglio 2018, n. 4039; Id., ad. pl., 25 maggio 2016, n. 10; Id., ad. pl., 29 febbraio 2016 n. 5 e 6; Id., sez.VI, 15 settembre 2017, n. 4349 secondo cui «In applicazione del principio della *par condicio* e considerato che la regolarità contributiva deve sussistere dalla presentazione dell'offerta e deve permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione»; in dottrina A. Giacalone e A. Peloso, *La "definitività" delle violazioni contributive e le esigenze di par condicio*, in *Urb. app.*, 2018, 72-76.

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto⁵³ o che entro quel termine sia stato avviato il procedimento di condono o sanatoria.

La direttiva non prevedeva la formalizzazione dell'impegno entro il termine di presentazione della domanda di partecipazione, con la conseguenza che su questo punto la normativa nazionale è più stringente rispetto a quella europea, imponendo al privato un onere ulteriore⁵⁴.

Tale linea di maggior rigore nei confronti del privato è peraltro smentita da un esame della disposizione nel suo complesso, che offre al privato agevolati *escamotage* per evitare l'esclusione. Deve infatti trattarsi di violazioni «definitivamente accertate», cioè contenute in sentenze passate in giudicato o in atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione per decorso del termine di impugnazione e, secondo l'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza, relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili⁵⁵. Si tratta, come già evidenziato, di un'anomalia nel sistema dell'esclusione del concorrente dalla gara, in quanto la Commissione europea e la stessa Corte di giustizia hanno in più occasioni censurato la normativa nazionale nella parte in cui condizionava l'esclusione alla definitività dell'accertamento, imponendo così al legislatore di eliminare qualsivoglia riferimento alla “non contestazione” o “conferma in giudizio”. Il c. 4 è giunto all'attenzione della Commissione europea, che ha avviato sul punto una procedura di infrazione. Il d.l. n. 32/2019 aveva apportato una modifica al c. 4 per adeguarsi ai rilievi sollevati ma, senza che siano chiare le ragioni, la modifica è stata poi eliminata dal legislatore in sede di conversione⁵⁶.

⁵³ C. giust. UE, 9 febbraio 2006, C-226/04, Zilch.; Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2018, n. 856; Id., 10 agosto 2017, n. 3985; Id., ad. pl., 5 giugno 2013, n. 15; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 3 maggio 2019, n. 2372; TAR Lazio, Roma, sez. I, 17 luglio 2018, n. 8011; Id., sez. I-*quater*, 17 novembre 2017, n. 11384.

⁵⁴ Sulla non contrarietà alla direttiva della previsione di un termine, M. Giovannelli, *Partecipazione a gare di appalto e requisiti di regolarità fiscale*, in *Urb. app.*, 2018, 240- 250.

⁵⁵ Cons. St., sez. III, 2 aprile 2019, n. 2183; Id., sez. V, 4 gennaio 2018, n. 59; Id., 12 febbraio 2018, n. 856; Id., 28 dicembre 2016 n. 5494.

⁵⁶ Sulla procedura di infrazione 2018/2273, con particolare riferimento all'art. 80, c. 4, G. Veltri, *Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della Commissione UE e la replica del legislatore*, in *Urb. app.*, 2019, 472-479: «La Commissione si sofferma infine sui motivi d'esclusione e rileva che se è fuor di dubbio che l'art. 80, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016 è conforme all'art. 38, par. 5, comma 1, Dir.2014/23/UE e all'art. 57, par. 2, comma 1, Dir. 2014/24/UE nella parte in cui impone di escludere un operatore economico che non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo, nondimeno, la disposizione citata non è conforme alle suddette disposizioni della Dir. 2014/23/UE e della Dir.2014/24/UE nella parte in cui non consente invece di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previ-

Il risultato è che, anche con riferimento a questa fattispecie escludente, nulla è cambiato e la normativa è rimasta, per quanto concerne il profilo della definitività dell'accertamento, molto garantista nei confronti del privato e soprattutto non del tutto coordinata con le altre ipotesi di esclusione del concorrente dalla gara. La giurisprudenza anche recente continua infatti a sostenere che «rilevano in senso escludente solamente i debiti fiscali definitivamente accertati, non contestati in giudizio o confermati dal giudice tributario sulla base di una sentenza non più soggetta a impugnazione», con la conseguenza che «la proposizione di un ricorso dinanzi alla competente commissione tributaria, quand'anche manifestamente infondato, è sufficiente ai fini amministrativi a determinare la non definitività del debito e a permettere nelle more la partecipazione alle gare»⁵⁷. All'impresa dunque basta impugnare nel termine di legge, anche se in epoca successiva al *dies ad quem* stabilito per la presentazione della domanda di partecipazione, l'avviso di accertamento dell'obbligazione tributaria (o previdenziale) per evitare l'esclusione: in tal caso infatti non ricorre il presupposto della definitività dell'accertamento⁵⁸.

Si fa così dipendere la partecipazione alla gara da un evento di natura potestativa (la decisione di impugnare la violazione) e peraltro di esclusivo dominio dell'operatore economico evasore della cui affidabilità si tratta. La gravità della violazione, che l'amministrazione dovrebbe poter valutare, viene così condizionata non da una circostanza oggettiva, ma da una scelta soggettiva dell'operatore economico.

Oltre ai problemi di coordinamento con le restanti ipotesi di esclusione, la normativa è lacunosa sul versante delle regole processuali e per esempio non è chiaro se, a fronte di un avviso di accertamento definitivo, possa bastare l'impugnazione della cartella di pagamento, quale atto di riscossione esecutivo dell'avviso, per permettere al contribuente di invocare la non defi-

denziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. La questione era stata risolta dal Governo. Il D.L. n. 32/2019 aveva infatti modificato il comma 4 dell'art.80 citato, prevedendo che “Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati”. La disposizione non è più contenuta nella legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55, indi la procedura di infrazione resta in piedi su tale aspetto».

⁵⁷ Cfr. Cons. reg. sic., 16 agosto 2019, n. 758; TAR, Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 9 aprile 2019, n. 334.

⁵⁸ Cons. St., sez. III, 13 settembre 2019, n. 6168; ID., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2049.

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

nitività della sua irregolarità, o se invece debba essere impugnato l'avviso di accertamento. Su questa specifica questione, è però intervenuta la giurisprudenza, che ha chiarito che «la pendenza del termine di impugnazione della cartella di pagamento, in quanto atto attinente alla fase di riscossione di un rapporto già accertato, non pregiudica la definitività dell'accertamento»⁵⁹, sicché, decorso il termine per l'impugnazione dell'avviso di accertamento, l'operatore economico non ha più *chance* di evitare per ciò solo l'esclusione dalla gara pubblica.

È difficile prevedere fino a quando si potrà ignorare la direzione del diritto europeo, ma, con riferimento a questa specifica ipotesi di esclusione, sembra potersi dire con quasi certezza che l'unica vera soluzione per uscire dall'*impasse* sia quella di reintervenire sulla norma, modificandola.

3. Il principio di proporzionalità come canone d'azione nella valutazione discrezionale della stazione appaltante

Le considerazioni sino a qui svolte, pur con le criticità sopra evidenziate, consentono di delineare gli incerti confini della casistica sull'esclusione dell'operatore economico non in regola con il fisco.

Se la violazione configura un reato tributario che prevede quale pena accessoria l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, il concorrente dovrebbe essere escluso ai sensi del c. 1 dell'art. 80 e tale ipotesi non pone particolari problemi applicativi (*supra* par. 2.1.). Non altrettanto può dirsi con riguardo al caso in cui la violazione sia grave, ma non configuri un reato, in quanto il contraente potrebbe essere escluso ai sensi del c. 4, ma, fino a quando la norma così formulata resisterà ai rilievi del legislatore europeo, gli basterebbe impugnare nei termini la violazione per evitare l'esclusione dalla gara (*supra* par. 2.2.). Anche fuori da questi casi, cioè in presenza di violazioni non tipizzate (dalla legge o dalle linee guida), per come è oggi configurato il sistema di esclusione, la stazione appaltante potrebbe dubitare dell'affidabilità dell'operatore economico, e, superando ogni presunzione di prova e qualsivoglia definitività di accertamento, decidere di escluderlo dalla procedura in virtù di quanto disposto dal c. 5 (*supra* par. 2.1.).

È evidente come le incertezze e le criticità derivino dalla seconda e dalla terza ipotesi; nell'una l'esclusione è rimessa alla scelta del privato e l'affidamento a soggetti diversi è di fatto paralizzato da un presunto obbligo legale di ammissione, nell'altra l'affidamento a soggetti di comprovata in-

⁵⁹ Cons. St., sez.V, 12 febbraio 2018, n. 856.

tegrità è condizionato a esclusioni potenzialmente arbitrarie da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

La soluzione alle criticità evidenziate sembra vada ricercata, come accennato nelle premesse, nella valorizzazione del principio di proporzionalità, che, se correttamente attuato, potrebbe fungere da criterio e/o limite della discrezionalità della stazione appaltante nella fase di scelta sull'esclusione.

Nel tentativo di portare a sintesi le considerazioni finora svolte, sia consentito fare alcune brevi considerazioni di carattere generale sul principio di proporzionalità⁶⁰. È noto come lo stesso tragga le sue origini nel diritto tedesco e per il tramite della giurisprudenza europea si sia poi diffuso anche all'interno di altri ordinamenti, tra cui quello italiano. Non è questa la sede per ripercorrere la ricostruzione storica del principio nell'ordinamento tedesco e l'evoluzione che ha conosciuto per effetto della giurisprudenza europea⁶¹. Anzi, se ne vuole valorizzare la dimensione nazionale e per così dire autoctona, per evidenziare il fatto che il principio solo in minima parte sia la trasposizione della normativa comunitaria, e più correttamente sia il «risultato di un percorso interno al nostro ordinamento»⁶², e, ai fini che interessano, il progressivo adattarsi alle dinamiche di scelta nell'ambito delle procedure di gara, condizionato nel suo affermarsi (*rectius* non affermarsi) dal sistema di tutela giurisdizionale. A partire dalla metà degli anni Novanta, il principio viene applicato non solo *ex post* in sede di sindacato giurisdizionale sull'uso della discrezionalità amministrativa, ma anche come parametro di riferimento dell'azione il cui agire dovrebbe essere “proporzionato” all'obiettivo perseguito dalla norma attributiva del potere⁶³. Senonché la fre-

⁶⁰ Sul principio di proporzionalità si vedano A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; ID., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, V. Milano, Giuffrè, 2006; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; ID., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 837-851; ID., *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2011, 111 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 389 ss.; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; L. La Rosa, *Discrezionalità della P.A. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urb. app.*, 2019, 779-794.

⁶¹ Per una ricostruzione anche storica del principio nell'ordinamento tedesco si veda D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit.

⁶² Cfr. con riguardo al principio di buona fede M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 644.

⁶³ Si vedano *ex multis* Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 964, secondo cui «Nel

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

quente confusione tra proporzionalità e ragionevolezza e la scarsa chiarezza quanto ai criteri connessi all'uno e all'altro principio, hanno finito con il rendere volutamente poco stringente il sindacato giurisdizionale e al contempo hanno indebolito la forza cogente del principio di proporzionalità nella fase di applicazione da parte delle amministrazioni, che si sentono così "legittimate" ad assumere decisioni arbitrarie, apoditticamente proporzionate. In altri termini la "crescente fioritura" di sentenze amministrative nelle quali si menziona il principio di proporzionalità non va di pari passo con la sua effettiva applicazione e concreta attuazione in fase di scelta⁶⁴.

Tali considerazioni sono tanto più veritiere nella materia di cui ci si occupa. In tema di cause di esclusione, il principio di proporzionalità trova espreso riconoscimento nelle direttive europee ed è costantemente richiamato dalla giurisprudenza sovranazionale e nazionale⁶⁵, ma stenta ad essere concretamente applicato come parametro di scelta da parte delle amministrazioni. Il considerando 101, dir. 2014/24/UE, fa espreso riferimento al principio affermando che, prima di decidere di escludere un operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe prendere in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o la ripetizione di

caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio di ragionevolezza rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi ed impone anche alla Pubblica amministrazione di non applicare meccanicamente le norme nell'esercizio del proprio potere, ma di far prevalere la sostanza sulla forma qualora si sia in presenza di vizi meramente formali o procedurali, in relazione a posizioni che abbiano assunto una consistenza tale da ingenerare un legittimo affidamento circa la loro regolarità»; Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4711, afferma che «L'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 va letto nel senso che costituiscono condizioni, perché l'esclusione dalla gara consegua alla condanna penale, la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale dell'operatore economico: al fine di apprezzare il grado di moralità del medesimo operatore, dunque, in applicazione del principio comunitario di proporzionalità, assumono rilevanza la natura del reato ed il contenuto del contratto oggetto della gara, senza eccedere quanto è necessario a garantire l'interesse dell'amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano l'adeguata moralità professionale». In dottrina le riflessioni di M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, anticipavano le problematiche inerenti al principio di proporzionalità.

⁶⁴ Secondo S. Cognetti, *Principio di proporzionalità*, cit., 177 ss., «una cosa è menzionare principi altra cosa è renderli operativi e applicarli correttamente nell'ordinamento».

⁶⁵ Si vedano C. giust. UE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18; Id., sez. IX, 4 giugno 2019, n. 425; Id., sez. IV, 14 dicembre 2016, C-171/15; Id., sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11.

lievi irregolarità⁶⁶. Il principio è tuttavia di frequente disatteso dalle stazioni appaltanti, che, mascherandosi dietro a motivazioni di presunta incidenza causale sul rapporto fiduciario, non di rado escludono gli operatori economici anche a fronte di violazioni del tutto irrilevanti dal punto di vista economico, se rapportate al valore dell'opera nel suo complesso, o di illeciti professionali che, risalenti nel tempo, difficilmente possono avere un'incidenza effettiva sul rapporto fiduciario⁶⁷.

La frizione con il principio di proporzionalità è ancora più evidente di fronte a quelle ipotesi di esclusione, marginalmente considerate in questo scritto ma frequenti nella prassi, derivanti da irregolarità contributiva.

La regolarità contributiva rappresenta un requisito generale per la partecipazione alle gare, ma anche quando non vi siano gli estremi della "violazione grave" del c. 4, l'operatore potrebbe essere escluso ai sensi del c. 5. Nell'uno e nell'altro caso si pone nella pratica il problema del rispetto del principio di proporzionalità. Nel primo caso perché alla stazione appaltante non residuano margini di discrezionalità e, in presenza di un DURC negativo deve escludere l'operatore dalla gara, a prescindere dall'entità dell'importo non versato. La mancanza di DURC comporta cioè una sorta di presunzione legale di gravità delle violazioni, che peraltro incide anche nella fase di esecuzione del contratto, dal momento che il documento regolare è necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo. Il rischio dunque è quello che, anche di fronte a violazioni marginali, in alcun modo incidenti sull'affidabilità dell'operatore nella prima fase o sulla buona esecuzione del contratto nella seconda fase, per il fatto automatico del mancato rilascio di un DURC positivo, l'impresa venga esclusa o addirittura non venga pagata per il lavoro svolto.

Vi sono poi tutte quelle ipotesi in cui partecipa alla gara non un'impresa singola ma un raggruppamento temporaneo di imprese e il rispetto del principio di proporzionalità risulta ancor più problematico. La giuri-

⁶⁶ «[...] Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione».

⁶⁷ Tale criticità è in parte stata superata dalle modifiche apportate all'art. 80, c. 10-bis, che disciplina la durata massima delle cause di esclusione e prevede espressamente che «nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tener conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico». Per gli illeciti previdenziali e fiscali però non è previsto un limite di durata della causa di esclusione, che perdura perciò fino al pagamento o sanatoria del debito fiscale e previdenziale.

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

sprudenza infatti è unanime nel ritenere che se viene meno il requisito della regolarità contributiva o fiscale in capo a una delle imprese partecipanti, il raggruppamento dovrebbe essere escluso dalla gara e dunque non potrebbe conseguire l'aggiudicazione, anche quando le altre imprese partecipanti sono regolari sotto il profilo contributivo e sono in grado di eseguire autonomamente il contratto⁶⁸. Né sarebbe possibile modificare la composizione del raggruppamento perché tale comportamento sarebbe comunque considerato elusivo della legge di gara⁶⁹. Rileverebbe dunque l'inadempimento in sé, a prescindere dall'entità del mancato versamento e dall'incidenza effettiva dell'inadempimento sull'esecuzione del contratto nel suo complesso. Anche con riferimento a questo ultimo caso, in cui di fatto si finisce con il trasformare un requisito generale di gara in un adempimento (inadempimento) fine a se stesso, la concreta applicazione del principio di proporzionalità da parte della stazione appaltante eviterebbe esclusioni del tutto sproporzionate e ingiustificate.

In generale l'amministrazione dovrebbe essere messa nelle condizioni di indagare tutte le alternative possibili in modo da ricercare la soluzione non solo più idonea al perseguimento dell'interesse primario, ma anche lo strumento più mite nell'ottica del criterio della necessità. Quanto infine alla proporzionalità in senso stretto, che tradizionalmente rappresenta il terzo elemento in cui si esplica il principio di proporzionalità (accanto all'idoneità e alla necessità), l'amministrazione dovrebbe raffrontare tutti gli interessi in gioco. L'esclusione cioè dovrebbe essere comminata solo ove l'addebito presenti una gravità tale da compromettere l'affidabilità del concorrente, vagliata attraverso un bilancio complessivo costi/benefici. La gravità dell'addebito, infatti, dovrebbe essere soppesata in relazione alla capacità effettiva di svolgere la prestazione contrattuale da parte del soggetto, tenuto conto delle circostanze dei fatti nel loro complesso, della lesività del comportamento, delle eventuali recidive, il tutto raffrontato con lo specifico oggetto e con il valore dell'appalto⁷⁰. Dovrebbero, in altri termini e a mero titolo esem-

⁶⁸ Si veda *ex multis* Cons. St., sez.V, 18 febbraio 2019, n. 1116.

⁶⁹ Cons. St., sez.V, 28 agosto 2017, n. 4086.

⁷⁰ Ha fatto applicazione di tale principio Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4711: «L'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 va letto nel senso che costituiscono condizioni, perché l'esclusione dalla gara consegua alla condanna penale, la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale dell'operatore economico: al fine di apprezzare il grado di moralità del medesimo operatore, dunque, in applicazione del principio comunitario di proporzionalità, assumono rilevanza la natura del reato ed il contenuto del contratto oggetto della gara, senza eccedere quanto è necessario a garantire l'interesse dell'amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano l'adeguata moralità professionale».

plificativo, evitarsi esclusioni per reati risalenti nel tempo e in alcun modo riferibili alla moralità e affidabilità dell'operatore, giustificate da irregolarità contributive irrisorie rispetto al valore dell'appalto, ovvero per omissioni relative a vicende professionali ampiamente datate del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale dell'impresa.

La giurisprudenza più recente, in virtù di un'interpretazione estensiva del principio di proporzionalità ha di recente affermato che dovrebbero altresì essere evitati «meccanismi che abbiano il contrario effetto di precludere l'esclusione»⁷¹. Il principio di proporzionalità, secondo questa interpretazione, non andrebbe inteso cioè solo nel senso negativo di ostare ad ipotesi di esclusione sproporzionate, in quanto imposte in modo imperativo ed automatico, ma anche in senso positivo quale contrarietà ad ammissioni – cioè “non esclusioni” – «da trarre automaticamente da alcune circostanze»⁷². Questa ipotesi si verifica nei casi, come quello contemplato dal c. 4, in cui si condiziona l'esclusione alla definitività delle violazioni, introducendo di fatto “obblighi legali di ammissione” del concorrente⁷³. Il concorrente impugnando la violazione dinanzi al giudice tributario, preclude infatti alla stazione appaltante ogni giudizio sulla sua affidabilità, anche nel caso in cui l'impugnativa sia del tutto infondata e strumentale alla partecipazione alla gara. Il vincolare l'amministrazione aggiudicatrice prima alla scelta soggettiva dell'operatore economico (della cui affidabilità si tratta) e poi alla valutazione effettuata da un terzo (il giudice tributario), potrebbe portare, al pari dell'esclusione arbitraria, a una violazione del principio di proporzionalità.

Se la proporzionalità può essere un utile strumento per guidare la scelta dell'amministrazione, con riguardo ai presunti “obblighi legali di ammissione”, sembra invece più realistico pensare, per come fino ad ora il legislatore è intervenuto sull'art. 80, che la soluzione sarà normativa.

4. Le incerte prospettive dell'esclusione

Volgendo al termine dell'analisi, sia consentito svolgere alcune considerazioni intorno allo stato e alle prospettive del sistema di esclusione del concorrente dalla gara, che possano essere di qualche utilità per l'operatore.

⁷¹ TAR Campania, Napoli, sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5893.

⁷² C. giust. UE, sez. III, 13 dicembre 2012, n. 465.

⁷³ In tal senso si esprimeva la giurisprudenza con riguardo alla risoluzione *sub iudice* prevista dall'art. 80, c. 5; si vedano Cons. St., sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955; TAR Puglia, Bari, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 1480; Id, sez. III, 18 luglio 2017, n. 828.

esclusione del concorrente non in regola con il fisco

Dello stato si è già provato a dire e, lungi dal trarre bilanci definitivi, l'analisi dell'esclusione del concorrente non in regola con il fisco ha fornito lo spunto per evidenziare problemi e/o contraddizioni in materia, dovute sia alle incertezze interpretative sia alla frenesia del legislatore.

Quanto alle prospettive, le considerazioni hanno riguardato il principio di proporzionalità, più quale criterio che regge l'attività amministrativa che come parametro del sindacato giudiziale. Nell'ambito di controversie che finiscono con il vertere più sull'esclusione in sé, che sulla valutazione dei fatti effettuata a monte dall'amministrazione, il sindacato di proporzionalità incontra infatti il limite del merito, con la conseguenza che il riferimento al principio è spesso atecnico e il giudice, evitando di prendere posizione sulla "condivisibilità" delle scelte compiute, le legittima dietro la formula «nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità». L'attualità della proporzionalità come canone d'azione è invece resa evidente, oltre per i motivi che già si è provati a delineare, anche dall'impressione che l'esclusione del concorrente dalla gara vada sempre più assumendo i connotati di un provvedimento sanzionatorio⁷⁴, soprattutto se si accoglie quella nozione evolutiva di sanzione "sostanzialmente penale"⁷⁵ fatta propria dalla giurisprudenza europea⁷⁶ e alla luce di quella tendenza a ricondurre ad un concetto generale di sanzione una parte non secondaria dei provvedimenti sfavorevoli⁷⁷. Così facendo, il giudizio sull'integrità e sull'affidabilità non potrebbe più essere un giudizio in cui «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati», ma l'esclusione diventerebbe *l'extrema ratio*, ovvero il provvedimento conclusivo

⁷⁴ In tal senso si esprime A. Travi, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 627, secondo cui «i casi di esclusione hanno in realtà una componente "sanzionatoria", che non può essere occultata nella prospettiva di un'amministrazione che ha interesse a negoziare solo con soggetti meritevoli»; *contra* la giurisprudenza che esclude la natura sanzionatoria della misura interdittiva, *ex multis* Cons. St., sez.V, 28 agosto 2015, n. 4502.

⁷⁵ F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto amministrativo ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, 13; Id, *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 337 ss.; A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte Costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.; C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁷⁶ La sentenza pilota in materia come è noto è rappresentata da C. eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, C-500/71, *Engel v. Paesi Bassi*; si vedano per importanza nella giurisprudenza europea *ex multis* C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, C-18640/10; 18647/10; 18663/10; 18668/10; 18698/10, *Grande Stevens e a. c. Italia*; Id., 7 settembre 2011, C-43509/08, *Menarini v. Italia*.

⁷⁷ Sulle conseguenze di questa tendenza sulla partecipazione e più in generale sull'invalidità dei provvedimenti amministrativi si veda M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit.

di un procedimento in contraddittorio tra privato e pubblica amministrazione basato sul serio confronto costi/benefici, sulla valutazione effettiva delle alternative possibili, nonché sulla ponderazione bilanciata di tutti gli interessi in gioco.

La consapevolezza che si tratta niente di più che di incerte prospettive non consente di trarre vere e proprie conclusioni, ma rende evidente l'esigenza di dare concreta attuazione al principio di proporzionalità nella fase di esclusione del concorrente dalla gara e di recuperare quel momento «in cui si individuano e si raffrontano i vari interessi concorrenti».

Abstract

The article deals with the exclusion of a competitor who is a tax evader from the tender.

After some premises on article 80, paragraph 5 of the code of contracts, in order to explain the regulatory changes and the interpretative uncertainties, the article focuses on the hypothesis of tax violation.

Depending on the gravity, it can be classified in paragraph 1 or paragraph 4, but the contracting authority can always consider the violation in the judgment on the reliability and integrity of the economic operator.

The analysis is an opportunity to think about exclusion perspectives and highlights the need to enhance the principle of proportionality in the phase of the choice of the contractor, in order to avoid arbitrary exclusions caused by professional misconduct which do not have an effective impact on the fiduciary relationship.

PIETRO ZOLI

INFILTRAZIONI CRIMINALI E APPALTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le risposte del legislatore per contrastare l’infiltrazione criminale negli appalti pubblici. – 2.1. Le competenze dell’ANAC in chiave preventiva. – 2.2. L’interdittiva antimafia e le «white list»: strumenti in contatto? – 2.3. La disciplina del subappalto a presidio della fase esecutiva. – 3. L’opportunità della giurisdizione unica in materia di appalti pubblici. – 4. La ricerca di qualità in seno agli enti aggiudicatori. – 5. Verso la tracciabilità dei movimenti criminali.

1. Premessa

L’azione del crimine organizzato all’interno dell’economia legale italiana affonda le radici in un passato ormai non più recente. A partire dagli anni Ottanta, infatti, le diverse famiglie mafiose hanno progressivamente acquisito un controllo territoriale sempre più consolidato, servendosi di mutevoli tecniche di insediamento nel tessuto economico e sociale: la mafia (nelle sue diverse articolazioni interne) non solo ha tenuto sempre conto delle peculiarità del proprio ambito territoriale d’azione, ma ha anche modellato le proprie strategie e i propri metodi di stanziamento a seconda del settore in cui interveniva.

Nonostante la non perfetta corrispondenza tra organizzazioni mafiose e crimine organizzato (di cui, anzi, le prime rappresentano una particolare *species*), si procederà ad una loro ideale sovrapposizione nell’intento di semplificare la descrizione di un quadro già di per sé complesso ed articolato. Allo stesso modo e con il medesimo scopo, ci si riferirà spesso alle diverse organizzazioni mafiose (Cosa Nostra, Ndrangheta, Camorra, Sacra Corona Unita, Stidda) con il termine generico “mafia”.

Tale tendenza è stata messa in atto mediante una progressiva opera di ammodernamento del *modus operandi* mafioso, il quale ha assunto una più accentuata vocazione imprenditoriale. Infatti, il crimine organizzato è diventato silenzioso ed equilibrato, perlopiù restio a qualsiasi chiassosa presa

di posizione: alla strategia del terrore è subentrata quella del c.d. «inabissamento», ovvero un'azione «basata non più sulla violenza quotidiana ma sul consolidamento di nuovi legami politici, sul silenzio delle armi, sull'inquinamento sotterraneo e invisibile dell'impresoria e della società»¹. La criminalità organizzata si fa largo all'interno dell'economia legale operando attraverso la c.d. «area grigia», spazio relazionale che vede protagonisti dipendenti pubblici, imprenditori e professionisti ed al cui interno i mafiosi stringono favorevoli alleanze, offrendo in cambio protezione ed intermediazione; così, i metodi dell'agire criminale si sono diffusi ad ambienti solitamente incontaminati, creando un collegamento costante tra economia legale ed illegale, le quali vedono inevitabilmente sfumare i rispettivi confini.

Il settore degli appalti pubblici costituisce il tramite ideale ai fini della descritta espansione criminale poiché rappresenta, da un lato, una fonte quasi inesauribile di profitto, dall'altro, un ambito strategico per il reinvestimento di proventi illeciti. Accanto a settori economici storicamente avvicinati dalle mire espansionistiche mafiose (come, ad esempio, il settore edilizio e quello dei trasporti), col tempo anche altri (quali le attività assicurative e finanziarie, nonché la sanità) sono diventati i bersagli delle organizzazioni criminali. Ovviamente le peculiarità di ciascun settore rendono lo stesso diversamente appetibile agli occhi delle organizzazioni criminali; di conseguenza, diverse sono anche le manovre d'inserimento utilizzate dalla mafia in rapporto a ciascuno di essi.

Infatti, settori come costruzioni e trasporti, caratterizzati da un basso grado tecnologico ed innovativo e dall'utilizzo di manodopera scarsamente specializzata, non abbisognano di investimenti esorbitanti per essere penetrati, a dispetto dell'ingente quantità di denaro che vi circola. I metodi d'infiltrazione (diretta ed indiretta) implementati dal crimine organizzato all'interno di tali attività fanno perno sull'elemento territoriale che le contraddistingue: si pensi al ciclo del cemento, al movimento a terra, alle attività di cava o allo smaltimento dei rifiuti, tutte attività caratterizzate da specifici vincoli localizzativi, in relazione alle quali la conoscenza ed il controllo del territorio diventa elemento strategico cruciale per la mafia.

Esempi di infiltrazione diretta nel settore edile sono la partecipazione azionaria delle imprese criminali all'interno delle imprese in difficoltà oppure l'assunzione di un ruolo apicale nella sede locale dell'impresa che esegue i lavori da parte di un esponente di un'organizzazione criminale. Quanto all'infiltrazione indiretta,

¹ Camera dei deputati e Senato della Repubblica, commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, *Relazione conclusiva*, 8 febbraio 2018, 18.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

la mafia riesce spesso a gestire direttamente la distribuzione dei lavori e le imprese cui rivolgersi per il reperimento di materie prime e la prestazione di servizi oppure esegue ripetute minacce al fine di estorcere denaro (c.d. «taglieggiamento»). Quanto ai trasporti, va ricordato l'utilizzo della tecnica del c.d. «schermo societario» (ovvero la costituzione di società *ad hoc*, formalmente intestate a terzi e amministrare da persone di fiducia), tramite cui le organizzazioni criminali riescono a ripulire i proventi illeciti dei propri traffici².

D'altra parte, settori come quello finanziario ed assicurativo o quello sanitario presentano caratteristiche e motivi d'interesse opposti rispetto a quelli sopra ricordati: si tratta di ambiti ad alto livello tecnologico, contraddistinti da catene di fornitura particolarmente sofisticate; come logica conseguenza, anche gli operatori ivi impiegati sono altamente specializzati. Proprio la necessità di personale altamente qualificato rende indispensabile la collaborazione di esperti che si prestino alla commissione di illeciti: la collusione costituisce una tecnica d'infiltrazione imprescindibile per la mafia, la quale non sempre può contare su soggetti specializzati all'interno del proprio organigramma³.

Non sorprenderà che le vulnerabilità sottese a ciascun ambito d'intervento siano sfruttate dal crimine organizzato in diverso modo ed in diversi momenti del ciclo vitale dell'appalto pubblico: oltre all'attrattiva suscitata dalle caratteristiche del settore in generale, è la stessa conformazione dell'appalto, scomponibile in fasi, ad esporre il singolo contratto a diversi fattori e momenti di rischio; certi settori economici si prestano ad essere penetrati principalmente in fase esecutiva (quelli maggiormente connessi al territorio, come costruzioni e trasporti), mentre altri sono facile preda dell'azione criminale in fase di programmazione e progettazione o in fase di gara (è il caso delle attività finanziarie ed assicurative e della sanità).

Mentre in fase pre-gara il dialogo tra organizzazioni criminali e «zona grigia» porta alla creazione di procedure di aggiudicazione *ad hoc*, in fase di gara l'infiltrazione avviene mediante la manipolazione dei bandi di gara o delle gare stesse. Invece, durante la fase post-aggiudicazione la mafia agisce tramite metodi d'infil-

² F. Calderoni, E. Bertè, V. Maioli e M. Marchiaro, *Analizzare la legislazione dei settori economici contro il rischio criminalità*, in *Progetto METRiC. Monitoraggio dell'Economia Trentina contro il Rischio Criminalità*, a cura di F. Calderoni, centro di ricerca Transcrime, 2013, 80 ss.

³ F. Calderoni, E. Bertè, V. Maioli e M. Marchiaro, *Analizzare la legislazione dei settori economici contro il rischio criminalità*, cit., 132 ss. Con riguardo ad altri settori caduti nelle mire del crimine organizzato, V. Ferraris, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, a cura di L. Scomparin, Torino, Giappichelli, 2016, 63 ss.

trazione attiva (come la stipula di noli a freddo che nascondono la prestazione di manodopera) e passiva (come le tangenti sui lavori)⁴.

Ciò che emerge è, anzitutto, il carattere multidisciplinare dell'infiltrazione criminale negli appalti pubblici: i fattori economici di rischio si intersecano con quelli territoriali ed entrambi vanno contestualizzati all'interno del campo delle pubbliche commesse. Sotto quest'ultimo profilo, va rilevato fin da subito che la profonda cesura, costituita dal provvedimento di aggiudicazione e dalla conseguente stipula del contratto, che scinde l'appalto pubblico in due fasi principali (procedura ad evidenza pubblica ed esecuzione), lo rende doppiamente attaccabile da parte delle organizzazioni mafiose.

La penetrazione criminale lascia dietro di sé tracce in ogni fase del ciclo vitale del contratto pubblico, ma si tratta di impronte difficilmente percettibili o distinguibili da quelle di un normale operatore economico. La questione più spinosa, pertanto, pare quella relativa alla definizione di infiltrazione criminale, ovvero all'individuazione concreta del fenomeno patologico. Il legislatore vi ha dedicato una disciplina disorganica, con disposizioni sparpagliate in diversi testi normativi, lasciando così all'interprete la difficile opera di riconduzione ad unità di un disegno che pare nato sotto il segno dell'incertezza. Quel che è certo è che una definizione di infiltrazione criminale non c'è, ma si tratta della lacuna più comprensibile, data la complessità del fenomeno: pur inserendosi astrattamente nella tematica generale della corruzione, essa se ne differenzia e, anzi, la precede.

Alla corruzione in senso ampio sono state ricondotte numerose definizioni, a prescindere da quelle di cui agli artt. 318 (corruzione per l'esercizio della funzione), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio) e 319-ter (corruzione in atti giudiziari) del codice penale: non è al c.d. *pactum sceleris* che ci si riferisce in diritto amministrativo. In quest'ultimo ambito, piuttosto, si preferisce alludere ad un fenomeno di più ampia portata, il quale in ultima istanza contrasta con la cura degli interessi pubblici, a prescindere dalla sola ottica dello scambio.

Infatti, si parla genericamente di corruzione come di un abuso di potere per il perseguimento di interessi privati, in modo tale da ricollegarvi ogni deviazione dal comportamento corretto che comporti *maladministration*; nel nostro ordinamento, la corruzione assurge a fenomeno politico-sistemico, il quale compromette l'imparzialità ed il buon andamento delle amministra-

⁴ Per l'analisi completa dei metodi d'infiltrazione nelle fasi che compongono l'appalto pubblico, F. Calderoni, E. Bertè, V. Maioli e M. Marchiaro, *Analizzare la legislazione dei settori economici contro il rischio criminalità*, cit., 57 ss., e V. Ferraris, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, cit., 73 ss.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

zioni pubbliche e la loro stessa legittimazione⁵. Tale fenomeno genera una «diretta alterazione della concorrenza tra gli offerenti a danno dell'amministrazione, tanto sotto il profilo economico, quanto sotto il profilo dell'efficienza del risultato del contratto»⁶.

Nel caso, invece, dell'infiltrazione mafiosa, viene in rilievo un fenomeno di ancor più complicata definizione, ma soprattutto un fenomeno sociale e territoriale, prima ancora che giuridico. L'offerta vincitrice dell'appalto potrebbe essere realmente quella più conveniente per la stazione appaltante, determinando peraltro un'interferenza ancora maggiore rispetto all'interesse pubblico da tutelare. Non si tratta di una perdita in termini di economicità, ma di un colpo inferto all'intero sistema, alterando le regole del libero mercato e ledendo profondamente il principio di legalità.

Le insidie nel fronteggiare un fenomeno di difficile definizione ed emersione sono evidenti; ancor più se si pensa che, in caso di prevalenza delle esigenze preventive (i cui presupposti sono perlopiù indiziari), la conseguenza immediata è costituita da pesanti ripercussioni per la libertà d'impresa (come nel caso dell'emanazione di un'interdittiva antimafia). La ricerca del corretto bilanciamento tra la tutela del principio di trasparenza (e prevenzione delle infiltrazioni criminali o, più in generale, della corruzione) e della libertà d'iniziativa economica privata costituisce il tarlo costante del legislatore e dei soggetti preposti dall'ordinamento a dare attuazione operativa (su tutti, il prefetto) e giudiziaria alla frammentata disciplina di settore. A ciò si aggiunga che la ricordata bipartizione dell'appalto pubblico (e la sua conseguente doppia esposizione al rischio d'infiltrazione) necessita di risposte modulate a seconda del momento in cui devono operare.

Pertanto, l'intento dell'elaborato è quello di fornire spunti di riflessione e plausibili soluzioni ad un problema reale e persistente, sebbene difficilmente percepito: l'infiltrazione criminale negli appalti pubblici. L'obiettivo sarà perseguito talvolta prospettando il perfezionamento di istituti e strumenti già esistenti, talaltra proponendo misure innovative, al fine di arginare l'ondata dilagante della criminalità organizzata nel settore preso in esame.

⁵ G. M. Racca e S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali*, cit., 109 ss.

⁶ M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2015, 683.

2. Le risposte del legislatore per contrastare l'infiltrazione criminale negli appalti pubblici

L'analisi della disciplina di prevenzione amministrativa di fenomeni corruttivi negli appalti pubblici restituisce un quadro normativo disarticolato, all'interno del quale, tra sovrapposizioni di competenza e stratificazione di fonti di produzione del diritto, le capacità ricostruttive ed interpretative della scienza giuridica di settore vengono messe a dura prova.

L'infiltrazione criminale, la quale costituisce una sorta di *species* del *genus* corruttivo, viene quindi richiamata all'interno di disposizioni contenute in differenti testi normativi. Tuttavia, la scarsa sistematicità della disciplina in questione riflette la complessità della materia e non va giudicata con frettolosa diffidenza: il contrasto di un fenomeno così sfuggente ed allo stesso tempo radicato nel mondo degli appalti pubblici va alimentato mediante una meticolosa opera di prevenzione amministrativa, da intendersi tanto come tutela antimafia, quanto come tutela specificamente indirizzata avverso le infiltrazioni criminali.

In merito, è bene precisare che una tutela piena non può prescindere da una disciplina repressiva penale efficace, nonostante quest'ultima non possa dirsi sufficiente ad arginare il problema. Il diritto penale in materia dovrebbe rivestire un ruolo da comprimario rispetto al diritto amministrativo; quest'ultimo, ancorato alle regole del mercato ed alle differenti esigenze territoriali, permette di tracciare con maggiore precisione e coerenza linee normative capaci di contrastare a monte l'invasione mafiosa all'interno dell'economia legale.

Le principali fonti di prevenzione amministrativa a riguardo sono il codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), il codice antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159) e la legge Severino o "legge anticorruzione" (l. 6 novembre 2012, n. 190). In linea generale, si ritiene che le maggiori criticità legate al *corpus* normativo in questione non stiano tanto in una presunta ipertrofia normativa, quanto piuttosto nel difficile coordinamento fra norme: il sistema preventivo anti-corruzione non è esente da sovrapposizioni od incongruenze in grado di generare confusione, soprattutto tra gli operatori economici privati, ma anche tra le stazioni appaltanti. A tal proposito, si parla di «effetto criminogeno» della disciplina o di «corruzione delle regole»: una disciplina incoerente «può favorire comportamenti corrotti e scorretti con l'abuso o lo sviamento rispetto al perseguimento dell'interesse generale»⁷.

⁷ G. M. Racca e S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, cit., 111.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

Con lo scopo ultimo di fornire prospettive *de jure condendo* di prevenzione all'infiltrazione criminale negli appalti pubblici, pare utile isolare alcuni istituti e regole rilevanti per comprendere quale direzione abbia inteso seguire il legislatore nel suo percorso verso procedure ed esecuzioni d'appalto integre. Si partirà da un'analisi delle prerogative ritenute più efficaci tra quelle riconosciute in capo all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC); dopodiché, si procederà alla sintetica descrizione delle interdittive antimafia e delle c.d. «white list», nonché delle intersezioni rinvenibili tra le rispettive discipline; infine, ci si concentrerà sull'istituto del subappalto e sull'incidenza della sua disciplina in fase di esecuzione del contratto pubblico.

2.1. Le competenze dell'ANAC in chiave preventiva

Quando si parla di regole che impattano sulla procedura ad evidenza pubblica e sull'esecuzione degli appalti pubblici, vanno ricordate quelle relative all'ANAC. Questo ente, che l'art. 19, d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (poi convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) ha introdotto al posto dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), è l'unica autorità dotata sia di compiti di garanzia sia di poteri di prevenzione della corruzione nel settore dei contratti pubblici. Tale duplice fisionomia è stata confermata anche dal d.lgs. n. 50/2016, pur con un significativo ampliamento delle funzioni di promozione dell'efficienza e di vigilanza⁸.

La funzione principale dell'ANAC è quella di garantire il corretto svolgimento della gara d'appalto (ma anche della sua fase preliminare, così come dell'esecuzione dello stesso) tramite interventi preventivi, di indirizzo o di correzione, finalizzati al raggiungimento delle finalità pubbliche perseguite. Tale funzione di garanzia risulta centrale nel contrasto di fenomeni distorsivi e si articola a sua volta in diversi compiti che, in modi diversi, prevengono possibili patologie.

Anzitutto, centrale è la funzione di vigilanza, di cui all'art. 213, c. 3, codice appalti: l'ANAC, in generale, «vigila sul rispetto della disciplina legislativa e regolamentare vigente in materia, al fine di verificare la regolarità delle procedure di affidamento»⁹. Dal punto di vista soggettivo, il monitoraggio riguarda non solo le pubbliche amministrazioni, ma anche altri sog-

⁸ E. D'Alterio, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436 ss.

⁹ G. Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2017, 40; F. Di Lascio e B. Neri, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss.

getti pubblici e privati indistintamente. Dal punto di vista oggettivo, invece, l'ANAC vigila sul corretto espletamento anche dei contratti esclusi dall'ambito applicativo del codice, nonché sul divieto di affidamento dei contratti tramite procedure diverse da quelle ordinarie e sulla corretta applicazione della disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile.

Alla funzione generale di vigilanza, inoltre, è ricollegabile quella specifica di vigilanza c.d. «collaborativa»: l'art. 213, c. 3, lett. h), d.lgs. n. 50/2016 attribuisce all'ANAC, relativamente ad affidamenti di particolare interesse, il potere di stipulare protocolli d'intesa con le stazioni appaltanti, in modo tale da supportarle nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara.

Accanto alle prerogative generali, che spiegano i propri effetti lungo tutto l'arco del ciclo d'appalto, è possibile isolare certi compiti e poteri, alcuni rilevanti maggiormente durante la procedura ad evidenza pubblica, altri durante l'esecuzione del contratto pubblico. In relazione alla fase che precede il provvedimento di aggiudicazione, le funzioni di regolazione e para-contenziosa (o precontenziosa) costituiscono prerogative centrali in ottica di prevenzione anti-corruttiva.

Nel primo caso, si tratta del potere regolatorio tipico delle autorità amministrative indipendenti, il quale si sostanzia nella definizione di regole cui gli operatori economici rientranti nell'ambito soggettivo passivo devono uniformarsi. Il d.lgs. n. 50/2016 inserisce tale attività sia tra i principali poteri (art. 213, c. 1), sia tra gli strumenti di regolazione flessibile (art. 213, c. 2) a disposizione dell'ANAC. All'interno del secondo comma, inoltre, «viene specificata anche la finalità dell'attività di regolazione, dato che si precisa che attraverso questa funzione l'Autorità “garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”»¹⁰.

I vantaggi derivanti dalla possibilità di instaurare un regime *ad hoc* sono evidenti: in primo luogo, le regole promanano da soggetti che operano all'interno del settore interessato, pertanto dotati di un elevato grado di competenza; in secondo luogo, un sistema regolatorio del genere favorisce il costante riordino della disciplina, dal momento che non necessita di un *iter* articolato e sequenziale, bastando una delibera dell'Autorità ad aggiornare costantemente la materia.

¹⁰ G. Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, cit., 45.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

Quanto alla funzione di precontenzioso, ai sensi dell'art. 211, d.lgs. n. 50/2016, l'ANAC è legittimata a dirimere controversie sorte durante la procedura di gara. In particolare, con l'introduzione dei nuovi commi ad opera dell'art. 52-ter, d.l. 24 aprile 2017, n. 50 (come modificato dalla l. di conversione 21 giugno 2017, n. 96), l'Autorità, non solo può esprimere pareri vincolanti, su iniziativa di parte e previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, ma è anche legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti amministrativi generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici¹¹.

Deve comunque essere chiaro che la procedura di precontenzioso non è né un processo né un pre-processo, ma costituisce semplicemente uno strumento di deflazione del contenzioso¹².

Essa, pur tra varie incertezze interpretative (legate perlopiù al rischio di diminuzione del dovuto standard di tutela di interessi giuridicamente rilevanti, con conseguente violazione di precetti costituzionali, quali quelli contenuti negli artt. 24 e 103 Cost.), può avere un ruolo utile: offrire una consulenza qualificata in grado di aiutare le stazioni appaltanti a sventare il pericolo del contenzioso. Inoltre, i pareri di cui all'art. 211, pur non essendo *self executing*, godono nella sostanza di un'efficacia più che meramente persuasiva, considerato anche il consistente potere sanzionatorio attribuito all'ANAC.

L'Autorità, inoltre, gode anche di una gamma di altri poteri posti a garanzia dell'integrità dell'appalto, i quali esplicano i propri effetti principalmente in fase di esecuzione dello stesso.

A sostegno della generale funzione di vigilanza, infatti, il d.lgs. n. 50/2016 attribuisce all'ANAC: il potere di accertamento di cui all'art. 213, c. 3, lett. b), ovvero l'obbligo di verificare che dall'esecuzione dei contratti pubblici non sia derivato alcun pregiudizio per l'erario e, in caso di «fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore», l'obbligo di segnalare gli stessi al governo o al Parlamento; la funzione di vigilanza sul corretto operare del sistema unico di

¹¹ Relativamente ai pareri di precontenzioso, dubbi di legittimità costituzionale sono posti da P. Cosmai, *I pareri di pre-contenzioso e le raccomandazioni Anac nel nuovo Codice degli appalti*, in *Azienditalia*, 2016, 1024 ss.

¹² ANAC, *Regolamento per il rilascio di pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, 5 ottobre 2016; Cons. St., adunanza della commissione speciale, *Oggetto: Autorità Nazionale Anticorruzione. Schema di regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, 30 agosto 2016.

qualificazione delle imprese esecutrici dei contratti pubblici di lavori, di cui all'art. 213, c. 3, lett. f), ai sensi del quale l'Autorità deve controllare che le singole società organismo di attestazione (SOA) rilascino le attestazioni nel rispetto delle condizioni e dei requisiti previsti dalla legge e dalle linee guida dalla stessa emanate; il compito di gestire il sistema di *rating* d'impresa (di cui all'art. 83, c. 10), attraverso cui l'Autorità può certificare (anche in prospettiva premiale) l'affidabilità di un operatore economico, facendo riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti¹³; una generale attività conoscitiva su dati e andamento del settore, espletata tramite la gestione della banca dati nazionale dei contratti pubblici e grazie al supporto delle varie sezioni (centrale e regionali) dell'osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture; infine, le misure straordinarie di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014, ovvero l'intimazione della rinnovazione degli organi sociali, l'amministrazione prefettizia ed il sostegno e monitoraggio dell'impresa mediante la nomina di esperti.

Emerge, dunque, con chiarezza la fiducia riposta dal legislatore in questa istituzione, posta a capo di un vero e proprio sistema nel sistema, la quale si è affermata come interlocutore per eccellenza di operatori economici e stazioni appaltanti. Oltre all'enorme mole conoscitiva a disposizione dell'ANAC, che ha reso la stessa enormemente influente e credibile, va rimarcata l'importanza assunta dalle misure regolatorie emanate dalla stessa.

In particolare, le linee guida (nonostante il dibattito giurisprudenziale e dottrinario attorno ad esse permanga ancora tutt'altro che sedato) danno corpo alla regolamentazione di settore operante in concreto; più che ad uno svilimento della fonte normativa classica, assistiamo alla presa di coscienza che una società ed un mercato in continuo cambiamento necessitano di forme di regolazione differenziate, sia dal punto di vista settoriale e territoriale, sia da quello delle fonti.

Tuttavia, la recente spinta riformatrice mira ad un drastico ridimensionamento della regolazione flessibile dell'ANAC mediante linee guida, operato tramite il ricorso ad un regolamento unico attuativo, come accadeva sotto la vigenza del vecchio codice degli appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. «sblocca cantieri») e la legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55, in realtà, determinano un ritorno al regolamento unico solamente parziale, dal momento che, una volta adottato, esso accorperà solo dieci degli oltre cinquanta atti attuativi previsti dal codice degli appalti (in totale saranno quarantacinque gli atti necessari per attuare il codice). Dalla data di entrata in vigore del

¹³ G. Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, cit., 40 ss.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

«regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione», pertanto, cesseranno di avere efficacia le linee guida vertenti sulle materie indicate dall'art. 216, c. 27-*octies*, d.lgs. n. 50/2016.

In buona sostanza, «il già complicato sistema delle fonti di secondo grado, lungi dall'essere semplificato [...], si complica con l'aggiunta del regolamento “unico”»¹⁴.

2.2. *L'interdittiva antimafia e le «white list»: strumenti in contatto?*

Ulteriori istituti introdotti al fine di preservare l'integrità degli appalti pubblici ed evitare che vengano contaminati da infiltrazioni criminali sono l'interdittiva antimafia e le c.d. «white list». Si tratta di forme di anticipazione della difesa sociale, volte a verificare l'affidabilità delle imprese che aspirano a divenire contraenti della pubblica amministrazione; pertanto, esse incidono principalmente sulla procedura ad evidenza pubblica. Nonostante la comunione d'intenti e la parziale sovrapposizione tra le rispettive discipline, va rimarcata la profonda distinzione tra i due strumenti, ognuno dei quali necessita della propria autonomia operativa per risultare pienamente efficace.

Anzitutto, come previsto nel libro II del codice antimafia, l'interdittiva rappresenta uno dei due epiloghi alternativi delle verifiche relative alla documentazione antimafia, la quale si compone di due tipologie di provvedimenti prefettizi: la comunicazione e l'informazione antimafia. In base alle risultanze degli accertamenti disposti dal prefetto e svolti dai gruppi interforze, il provvedimento può avere contenuto liberatorio od interdittivo dell'attività economica in corso di svolgimento.

Mentre l'art. 83, d.lgs. n. 159/2011, stabilisce che le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici debbano acquisire la documentazione antimafia «prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67», l'art. 85 chiarisce che destinatari dei controlli prefettizi sono tutti i soggetti che hanno poteri di amministrazione, rappresentanza, direzione, controllo e vigilanza all'interno dell'impresa, nonché i loro familiari conviventi. Emerge, pertanto, con chiarezza l'incisività del monitoraggio antimafia cui sono sottoposte le imprese che intendono contrattare con la p.a.

Per quanto riguarda sia la comunicazione sia l'informazione antimafia, il prefetto competente effettua le verifiche e i controlli necessari e, con-

¹⁴ R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019 “Sblocca cantieri”*, in *Urb. app.*, 2019, 447.

sultata la banca dati nazionale unica, accerta che non sussistano a carico dei soggetti menzionati pregresse cause di decadenza, sospensione o divieto in seguito all'applicazione di misure di prevenzione, *ex art. 67*. Qualora la consultazione della banca dati dia esito negativo, il prefetto procede all'immediato rilascio della comunicazione (o informazione) liberatoria. Se invece il soggetto in questione non risulta censito nella banca dati o emergono cause di decadenza, sospensione o divieto, l'autorità prefettizia procede con ulteriori verifiche; effettuate le stesse, potrà poi rilasciare comunicazione (o informazione) antimafia liberatoria o interdittiva, a seconda dell'esito delle indagini.

Venendo agli accertamenti propri della sola informazione, l'art. 84, d.lgs. n. 159/2011, stabilisce che l'autorità prefettizia debba procedere anche alla verifica della «sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4». Si tratta del criterio distintivo principale tra comunicazione ed informazione che, tenuto anche conto dell'ampia gamma di soggetti sottoposti alle verifiche, fa comprendere l'enorme portata dei poteri a disposizione dell'ufficio governativo territoriale.

È evidente che i singoli episodi indizianti non possono (isolatamente ed automaticamente) determinare la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa: dato che si tratta non solo di provvedimenti di custodia cautelare o di condanna (anche non definitiva), ma anche di situazioni meramente fattuali, il quadro indiziario deve farsi composito per comprovare la contiguità tra impresa ed organizzazione criminale. Si richiede, pertanto, un'analisi complessiva da cui desumere un tentativo d'infiltrazione, all'interno della quale gli elementi di cui all'art. 84, c. 4 non rivestono (da soli) un ruolo decisivo¹⁵.

Si aggiunga che il quadro normativo è stato completato dall'introduzione all'interno del codice antimafia dell'art. 89-*bis* ad opera del d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153. La norma prevede che il prefetto possa rilasciare l'informativa interdittiva al posto della richiesta comunicazione, qualora accerti la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa (requisito caratterizzante il primo tipo di certificato) all'esito delle verifiche effettuate per il rilascio del secondo. È stata così superata la precedente impermeabilità esistente tra i due istituti: una rigida bipartizione tra comunicazioni ed informazioni poteva essere sfruttata dalla mafia, consentendole di gestire, mediante imprese infiltrate o comunque condizionate da essa, lucrose attività in svariati settori

¹⁵ *Ex plurimis*, Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 29 agosto 2009, n. 542, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1214 ss.; Tar Campania, Salerno, sez. I, 17 giugno 2013, n. 1348, in *Urb. app.*, 2013, 1205 ss.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

dell'economia privata, senza che l'ordinamento potesse efficacemente contrastare (prevenendole) tali ingerenze¹⁶.

D'altra parte, se si ragiona sulle origini e sulle principali regole di funzionamento delle «white list», ben si comprende la distanza tra le stesse e la documentazione antimafia.

Mentre l'interdittiva trae origine dall'opera di riordino della normativa antimafia, le liste bianche prefettizie nascono per fronteggiare situazioni contingenti e porvi celere rimedio. In origine, infatti, sono state introdotte per arginare l'influenza del crimine organizzato nelle procedure di scelta del contraente, limitatamente ai settori della costruzione di grandi opere e dell'organizzazione di importanti eventi¹⁷. Dopodiché, vari interventi legislativi hanno perfezionato i contorni dell'istituto fino alla disciplina attualmente vigente, contenuta nell'art. 1, c. da 52 a 57, legge anticorruzione, come modificati dall'art. 29, d.l. n. 90/2014.

Non si tratta di provvedimenti amministrativi, bensì di elenchi istituiti presso ogni prefettura, cui devono registrarsi obbligatoriamente le imprese fornitrici di beni, prestatrici di servizi ed esecutrici di lavori, operanti nei settori considerati più ad alto rischio di infiltrazione mafiosa (così come elencati all'art. 1, c. 53, legge anticorruzione), le quali ambiscono a divenire contraenti della p.a.¹⁸

Oltre all'obbligatorietà dell'iscrizione in lista (sancita dal d.l. n. 90), la principale novità è stata apportata dalla legge anticorruzione, la quale ha determinato una sovrapposizione tra la disciplina in discorso e quella attinente alla documentazione antimafia: l'iscrizione in lista consente alle imprese di non dover richiedere e farsi rilasciare dal prefetto la certificazione antimafia liberatoria, essendo la prima sottoposta agli stessi accertamenti della seconda ed avendo efficacia equipollente alla stessa. Tale intersezione tra discipline determina oneri aggiuntivi in capo alle imprese, ma soprattutto alle prefetture, le quali devono verificare l'insussistenza di cause di decadenza, divieto o sospensione (di cui all'art. 67 del codice antimafia) ed accertare l'assenza

¹⁶ Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *Urb. app.*, 2017, 223 ss.; C. cost., 18 gennaio 2018, n. 4.

¹⁷ J. Buggea, *Le "white list": strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove autonomie*, 2014, 675 ss.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 1, c. 52, l. n. 190/2012, le attività «maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa sono: a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri».

di tentativi di infiltrazione mafiosa in grado di influenzare le politiche d'impresa (ed anche in questo caso le «situazioni indizianti o sintomatiche» sono quelle elencate nell'art. 84, c. 4, d.lgs. n. 159/2011).

Nonostante sia evidente lo sgravio procedimentale di cui godono le stazioni appaltanti, le quali vengono così esentate dalla richiesta della documentazione antimafia nei confronti delle imprese iscritte in lista, permangono i medesimi nodi interpretativi riguardanti i provvedimenti di cui al libro II del codice antimafia. Infatti, poiché ai fini dell'inserimento nelle «white list» è necessario che le imprese superino il vaglio degli accertamenti prefettizi previsti dal d.lgs. n. 159/2011, in merito ad entrambi gli istituti si discute sull'ampia discrezionalità del prefetto, soprattutto se rapportata alle pesanti conseguenze che può arrecare ai soggetti privati. In effetti, il potere di valutazione di cui gode l'autorità prefettizia è in grado di arrestare sul nascere il percorso delle imprese verso l'aggiudicazione di appalti pubblici, pur trattandosi (in caso di emissione di un'interdittiva o di mancata iscrizione in una «white list») di un'incapacità parziale (limitata ai rapporti con la p.a.) e temporanea (dodici mesi di validità per liste e informazione, sei mesi quanto alla comunicazione).

Non manca, peraltro, in dottrina chi preferisce evitare il termine “discrezionalità”, dal momento che la valutazione dell'autorità prefettizia è certamente soggettiva, ma non discrezionale, in quanto «attiene alla conoscenza dei fatti, alla determinazione del loro valore indiziario, alla prova (anche non piena) della possibilità che una impresa sia esposta a infiltrazioni da parte della criminalità organizzata. Il ricorso alla nozione di discrezionalità appare, quindi, come la giustificazione di un sindacato giurisdizionale debole, che non intende accertare autonomamente la sussistenza dei presupposti di fatto necessari per la legittimità dei provvedimenti impugnati»¹⁹.

Il paventato contrasto tra libera iniziativa economica privata ed esigenze di prevenzione anti-corrruzione viene risolto dalla Corte Costituzionale proprio facendo leva sull'art. 41 Cost.: è la stessa norma, al secondo comma, a sgomberare il campo da possibili equivoci, nel prevedere che la libertà d'impresa non possa svolgersi contro l'utilità sociale o «in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»; pertanto, secondo la Consulta, l'attività di prevenzione delle infiltrazioni mafiose trova fondamento nella Costituzione stessa, poiché il metodo mafioso costituisce un danno evidente a sicurezza, libertà e dignità umana, ex art. 41, c. 2²⁰.

¹⁹ F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, 2018, n. 6, 4.

²⁰ C. cost., n. 4/2018.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

D'altra parte, il Consiglio di Stato ha confermato in più occasioni la razionalità della disciplina, facendo leva sulla regola del «più probabile che non»: pur basando la propria valutazione su elementi (anche) meramente indiziari, il prefetto deve fondare le proprie conclusioni su un insieme di elementi gravi, precisi e concordanti, in grado di far ritenere razionalmente credibile il rischio di infiltrazione mafiosa, sulla base di un apprezzamento dei fatti oggettivo ed onnicomprensivo, non certamente soggettivo ed atomistico²¹.

La soluzione all'interrogativo relativo al corretto bilanciamento tra le istanze costituzionalmente protette in gioco sembra dipendere dalle prassi interne alle varie prefetture, ma anche dalla portata del sindacato giurisdizionale (pur, secondo giurisprudenza costante, limitato al profilo della logica della valutazione prefettizia in relazione alla rilevanza dei fatti accertati)²². Il processo stesso, infatti, costituisce «la sede del contraddittorio sugli elementi sintomatici dell'infiltrazione mafiosa, mediante l'allegazione dei profili dell'eccesso di potere e della violazione di legge, nel senso della carenza motivazionale, dell'informativa»²³. Peraltro, con riguardo alla valutazione giurisdizionale dei presupposti delle informazioni interdittive, va segnalata una diversa sensibilità dei due organi d'appello della giustizia amministrativa: da un lato, il Consiglio di Stato, «maggiormente attento alla esigenza di contrastare "l'attacco mafioso alla struttura economica e sociale del paese"»; dall'altro, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia, il quale «tiene in adeguata considerazione le prerogative, costituzionalmente garantite, degli imprenditori e le conseguenze negative che sulla economia della zona in cui essi operano comportano le interdittive, soprattutto quando esse si moltiplicano»²⁴.

Ciò su cui preme insistere è la distinzione tra interdittiva antimafia e liste bianche: la prima, provvedimento del prefetto, viene emessa a seguito di un procedimento dettagliatamente regolato dal codice antimafia; le seconde, elenchi di imprese non infiltrate, sono istituite e periodicamente aggiornate mutuando verifiche e controlli previsti dal d.lgs. n. 159, ma la loro disciplina

²¹ Cons. St., sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657; Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743; Cons. St., sez. III, 13 marzo 2017, n. 1156; Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105.

²² *Ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754; Cons. St., sez. III, 1° settembre 2014, n. 4441; Cons. St., sez. III, 28 novembre 2013, n. 5697; Cons. St., sez. III, 15 aprile 2013, n. 2058; Cons. St., sez. III, 3 settembre 2012, n. 4668; Cons. St., sez. III, 19 gennaio 2012, n. 254.

²³ L. Costanzo, *Il controllo del giudice amministrativo sull'informativa antimafia, in federalismi.it*, 2017, n. 5, 10.

²⁴ F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia*, cit., 3.

non gode certamente del grado di organicità di quella prevista dal codice antimafia. I rapporti tra documentazione e «*white list*», peraltro, vengono ad incrociarsi solamente in caso di esito positivo (emanazione di documentazione liberatoria ed iscrizione in lista); invece, in presenza di un diniego di iscrizione, l'eventuale interdittiva dovrà comunque essere oggetto di separato provvedimento prefettizio. In quest'ultimo caso possono subentrare inevitabili complicazioni processuali: la possibile sovrapposizione tra giudizio sull'impugnazione del diniego d'iscrizione e giudizio sull'impugnazione dell'interdittiva (emanata sugli stessi presupposti del primo); l'inammissibilità per carenza di interesse ad agire dell'impugnazione dell'interdittiva, in caso di mancata o tardiva impugnazione del precedente diniego d'iscrizione²⁵.

2.3. *La disciplina del subappalto a presidio della fase esecutiva*

Si è già dato conto della storica vulnerabilità della fase esecutiva d'appalto a fenomeni di penetrazione criminale, nonché della valenza strategica a scopo criminale rivestita dai fattori territoriali durante la realizzazione dell'opera o del lavoro. A presidio di tale fase sono state introdotte dal codice degli appalti (tra le altre) le disposizioni riguardanti il subappalto, contenute nell'art. 105; l'istituto rappresenta l'eccezione al generale divieto, posto a pena di nullità, di cessione del contratto da parte dell'impresa affidataria a soggetti terzi.

Secondo il dettato normativo, per subappalto s'intende «il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto». Ovviamente si tratta di un meccanismo circondato da numerose cautele, volte ad evitare il coinvolgimento di imprese non affidabili in fase esecutiva d'appalto: vi è un limite d'importo delle prestazioni appaltabili rapportate alle prestazioni totali oggetto di contratto (quaranta per cento); l'impresa che intende procedere al subappalto deve dichiararlo già in sede di offerta; il contratto di subappalto va consegnato all'amministrazione almeno venti giorni prima della sua esecuzione; l'impresa fiduciaria prescelta deve dimostrare di possedere i requisiti richiesti per svolgere le attività subappaltate.

Con specifico riguardo al limite quantitativo del subappalto, la Commissione Europea, con lettera di costituzione in mora del 24 gennaio 2019 (relativa all'infrazione n. 2018/2273), ha contestato all'Italia il non corretto recepimento delle dir. 2014/23/UE e 2014/24/UE, a seguito dell'ordinanza

²⁵ M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.it*, 2016, n. 3, 16 s.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

di remissione alla Corte emessa dal Tar Lombardia²⁶. Tuttavia, nonostante il d.l. n. 32/2019 recasse un parziale adeguamento dell'art. 105 ai rilievi mossi dalla Commissione (portando il limite del subappalto dal trenta al cinquanta per cento dell'importo contrattuale), la l. n. 55/2019 ha elevato il limite quantitativo al quaranta per cento e solo temporaneamente, ovvero fino al 31 dicembre 2020, fornendo una risposta probabilmente insoddisfacente alla lettera della Commissione.

Tra le altre novità apportate dalla legge di conversione n. 55 in materia di subappalto, si ricordano: la sospensione dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori (che, ai sensi del d.l. n. 32/2019, doveva essere abolita); la sospensione delle verifiche dei requisiti nei confronti del subappaltatore *ex art.* 80, c. 1 e 6, d.lgs. n. 50/2016; la previsione di una nuova causa di esclusione, inserita nell'art. 80 (c. 5, lett. *c-quater*), nei confronti dell'operatore economico che «abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato»²⁷.

Nonostante il sottolineato carattere di eccezionalità del ricorso al subappalto, l'art. 105, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 testimonia la consapevolezza del legislatore delegato dell'impossibilità di prevedere un sistema privo di sub-affidamenti: disporre che i soggetti affidatari eseguono “di norma” in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture comprese nel contratto, significa prendere atto della necessità di affidare a soggetti specializzati l'esecuzione di parte del contratto in determinate circostanze, specie con riferimento ad appalti di grandi dimensioni o di particolare complessità.

Tuttavia, pur mossa da una *ratio* apprezzabile, la disciplina vigente in tema di subappalto non pare interamente efficace nel prevenire le infiltrazioni del crimine organizzato. Le imprese mafiose penetrano in fase di realizzazione dell'appalto, più che per mezzo di subappalti veri e propri, tramite collaudati meccanismi di sub-affidamento di ogni genere: contratti di nolo a freddo e a caldo, così come subcontratti di fornitura di materiali per l'edilizia, attività di movimento a terra, guardiania di cantiere, trasferimento in discarica dei materiali, ovvero contratti che la norma esaminata non considera subappalti, ma che assimila ad essi in presenza di condizioni difficilmente realizzabili o, comunque, facilmente eludibili. Il risultato è che «gli appaltatori, volenti o nolenti, possono fare affari o convivere con le imprese mafiose, senza infrangere alcuna norma»²⁸.

²⁶ Tar Lombardia, Milano, sez. I, ordinanza 19 gennaio 2018, n. 148.

²⁷ R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici*, cit., 449 ss.

²⁸ CNEL, Rapporto ITACA (Istituto per l'innovazione e la trasparenza degli appalti e la

Questa specializzazione nel sistema dei subappalti ha permesso alla mafia non solo di rafforzare la sua presenza in regioni non tradizionali, ma anche di ampliare le proprie velleità espansionistiche. In questo senso, le attività legate al territorio costituiscono il miglior tramite per insediarsi in fase esecutiva d'appalto. Si pensi, ad esempio, alle cave presenti nelle regioni meridionali: esse sono pressoché interamente sotto il controllo sostanziale della mafia e tutte le vicende più emblematiche della violenza mafiosa sono in qualche modo legate alle cave, utilizzate come deposito di armi.

Un ulteriore profilo da mettere in evidenza è quello riguardante i rapporti esistenti tra il subappalto e l'avvalimento (disciplinato dall'art. 89, d.lgs. n. 50/2016). L'equivoca percezione di un ravvicinamento tra i due istituti è subentrata con la rimozione del divieto di subappalto all'impresa ausiliaria, attuata dal d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6 (primo correttivo del vecchio codice appalti). Da allora il subappalto può costituire un modulo attraverso cui concretizzare l'avvalimento, istituto pro-concorrenziale grazie al quale un'impresa ausiliaria può mettere contrattualmente a disposizione la propria capacità per consentire all'impresa offerente di integrare i requisiti economici, finanziari, tecnici o organizzativi richiesti dal bando.

Nonostante il legislatore abbia confermato pienamente l'istituto anche nella disciplina attualmente in vigore (facendo leva sulla spinta di matrice europea che consente la partecipazione al mercato degli appalti e delle concessioni pubbliche anche alla piccola e media impresa), allo stesso tempo il d.lgs. n. 50/2016 ha provveduto ad infittire i limiti legati al coinvolgimento dell'impresa ausiliaria nel procedimento ad evidenza pubblica: non solo è stata riaffermata la responsabilità *in solido*, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di avvalimento, nei confronti della stazione appaltante, ma è anche previsto che quest'ultima sottoponga l'impresa ausiliaria (la quale deve svolgere la propria prestazione direttamente), durante l'esecuzione, a verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento e circa il reale impiego delle risorse stesse per l'esecuzione dell'appalto.

Altre regole vengono, inoltre, confermate: dell'ausiliaria non può avvalersi più di un concorrente; l'ausiliaria non può partecipare in proprio alla gara; l'ausiliaria non può servirsi, a sua volta, di un altro soggetto per rispettare i requisiti richiesti dalla gara (divieto del c.d. «avvalimento a cascata»); gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti dell'ausiliaria, in ragione dell'importo dell'appalto

compatibilità ambientale), *Il contrasto dei fenomeni di illegalità e della penetrazione mafiosa nel ciclo del contratto pubblico*, 26 giugno 2008, 43.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

posto a base di gara; l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali, né quando oggetto dell'appalto o della concessione siano opere per cui sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica²⁹.

La possibilità espressa di ricorrere al c.d. «avvalimento plurimo» («è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie») e la mancata presa di posizione del legislatore in merito al c.d. «avvalimento frazionato», insieme al venir meno del divieto di subappalto all'impresa ausiliaria, comportano la moltiplicazione dei soggetti coinvolti nell'esecuzione dell'appalto pubblico e la conseguente difficoltà in sede di qualificazione del corretto rapporto giuridico instaurato tra soggetto esecutore e stazione appaltante.

Per «avvalimento frazionato» s'intende il caso in cui l'impresa ausiliata si avvalga di più ausiliarie, nessuna delle quali raggiunge i requisiti necessari per partecipare alla gara, per cui sarebbe necessario sommare ai propri requisiti quelli di una o più imprese. L'art. 89, c. 6, si limita ad ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie, ma non richiede che almeno una debba possedere per intero i requisiti richiesti; pertanto, la giurisprudenza (sia nazionale sia comunitaria) ritiene ammesso anche l'avvalimento c.d. «frazionato», a meno che la stazione appaltante lo escluda, con motivazione espressa, per una specifica gara (o meglio, esiga che taluni compiti essenziali siano svolti dall'offerente stesso)³⁰.

Tuttavia, come sottolineato da recente giurisprudenza, il contratto di subappalto si distingue profondamente da quello di avvalimento: il primo costituisce una modalità organizzativa d'impresa a disposizione dell'appaltatore, che comporta una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale; il secondo realizza un'integrazione temporanea dell'impresa del concorrente riguardo ai mezzi necessari all'esecuzione. Si aggiunga che, in caso di subappalto, unico responsabile verso l'amministrazione è l'impresa appaltatrice, in quanto parte del contratto; in caso di avvalimento, invece, l'impresa ausiliaria non è soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi impegnare sia verso la concorrente ausiliata sia verso la stazione appaltante, nei confronti della quale l'ausiliaria è responsabile *in solido* con l'ausiliata.

A conferma di ciò, si sottolinea che, mentre la disciplina del subappalto è posta chiaramente a presidio della fase esecutiva del contratto pubblico, la *ratio* pro-concorrenziale sottesa all'istituto dell'avvalimento «trova esplica-

²⁹ G.P. Cirillo, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *Riv. not.*, 2016, 578 ss.

³⁰ G.P. Cirillo, *op. loc. cit.*; C. giust. UE, 23 dicembre 2009, C-305/08, 10 ottobre 2013, C-94/12, 14 gennaio 2016, C-234/14 e 2 giugno 2016, C-27/15.

zione e compimento nella fase di partecipazione alla gara e non si estende anche alle fasi successive»³¹. Pertanto, il potenziale rivestito dalla disciplina in ottica preventiva non dev'essere vanificato avvicinando istituti introdotti per esigenze differenti ed a tutela di momenti differenti del ciclo d'appalto.

3. L'opportunità della giurisdizione unica in materia di appalti pubblici

Descritte le particolarità e le problematiche legate ad alcune misure legislative poste a protezione dell'integrità dell'appalto pubblico, preme ora cambiare angolo prospettico di analisi.

L'attività contrattuale della pubblica amministrazione è composta da comportamenti, i quali instaurano relazioni intersoggettive. Come nei contratti tra privati, le parti perseguono diverse finalità, che mirano a realizzare tramite l'instaurazione di un vincolo e l'adempimento di prestazioni. Non è difficile, tuttavia, cogliere le profonde differenze che intercorrono tra la contrattazione pubblicistica e quella tra privati. Si pensi alle trattative precontrattuali: il contratto pubblico si compone di una fase procedimentale ad evidenza pubblica, durante la quale i diversi interessi perseguiti dalle parti incidono profondamente sulla rispettiva autonomia contrattuale (limitata per la p.a., nulla per il privato); quanto al contratto regolato dal codice civile, il procedimento di formazione della volontà delle parti viene lasciato sostanzialmente libero, pur nel reciproco rispetto dei doveri di correttezza e buona fede precontrattuale. In sostanza, il contratto pubblico non è preceduto da vere e proprie trattative, ma da un procedimento amministrativo regolato nel dettaglio dalla legge. A conferma di ciò, si tenga presente che, mentre il rapporto pubblico-privato si instaura dopo la determinazione a contrarre emanata dalla p.a., le trattative privatistiche attengono ad un momento antecedente la proposta contrattuale, essendo volte a verificare la convenienza di formularla³².

Tuttavia, è proprio nella fase che precede l'aggiudicazione e la stipula del contratto pubblico che si colgono alcuni punti di contatto tra il procedimento ad evidenza pubblica e le trattative precontrattuali privatistiche. Infatti, secondo un orientamento ormai pacificamente condiviso in giurisprudenza, le amministrazioni sono vincolate al rispetto, oltre che delle

³¹ AvCP, *L'avalimento nelle procedure di gara*, determinazione 1° agosto 2012, n. 2, 20.

³² 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. proc. amm.*, 2018, 519 ss.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

norme di diritto pubblico, anche del dovere di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (di cui all'art. 1337 c.c.) e del dovere di comunicazione delle cause di invalidità del contratto (*ex art. 1338 c.c.*)³³.

In particolare, il Consiglio di Stato ha evocato l'interpretazione costituzionalmente orientata del dovere di correttezza, fondata sull'art. 2 Cost.: «il generale dovere di solidarietà che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e protezione, quando tra i consociati si instaurano “momenti relazionali” socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva»³⁴. Sono, pertanto, la sussistenza di una relazione qualificata ed il ragionevole affidamento ingenerato in una delle parti gli elementi essenziali ai fini dell'affermazione del dovere di correttezza e buona fede; elementi certamente ricorrenti anche nell'ambito dei contratti pubblici conclusi dalla p.a.³⁵ Anzi, l'aspettativa di un comportamento corretto e protettivo s'intensifica nel caso in cui il cittadino si trovi a negoziare con un soggetto che esercita una funzione pubblica, sottoposta ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (*ex art. 97 Cost.*).

Nonostante l'esercizio di un'attività autoritativa, dunque, l'amministrazione è tenuta al rispetto ed alla tutela non solo delle norme di diritto pubblico poste a tutela dell'interesse legittimo del privato, ma anche delle norme comportamentali che garantiscono il diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali (espressione della generale libertà di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 Cost.). Mentre la violazione degli obblighi di matrice pubblicistica incide sulla validità del provvedimento di aggiudicazione, disattendere i generali doveri di buona fede e correttezza in fase procedimentale comporta la sussistenza di responsabilità precontrattuale in capo alla p.a. Come ha precisato il Consiglio di Stato, regole pubblicistiche e regole privatistiche «operano in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione»³⁶.

³³ *Ex plurimis*, Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5; Cons. St., sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146; Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5747.

³⁴ Cons. St., ad. plen., n. 5/2018.

³⁵ Sull'emersione del principio di buona fede in senso oggettivo nel diritto pubblico, F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, Giuffrè, 2001, 271 ss.

³⁶ Cons. St., ad. plen., n. 5/2018; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di Fabrizio Fracchia, Milano, Giuffrè, 2018, 690 ss.

Quanto esposto attenua in una certa misura il classico sbilanciamento tra le parti ed i rispettivi interessi, rinvenibile nei procedimenti ad evidenza pubblica, in quanto il contraente privato non è posto in condizione di completa soggezione nei confronti dell'esercizio formalmente legittimo del potere pubblico; al contrario, nonostante la legittimità del provvedimento finale di aggiudicazione, potrebbe rivendicare un comportamento sleale della stazione appaltante ed ottenere giudizialmente la dichiarazione di responsabilità dell'ente in questione, con conseguente risarcimento del danno patito.

Non solo: il fatto che regole di validità del procedimento *ex l.* 7 agosto 1990, n. 241 e regole comportamentali *ex art.* 1337 e 1338 c.c. viaggino su percorsi paralleli, comporta che anche in caso di annullamento (in via giurisdizionale o tramite l'esercizio del potere di autotutela della p.a.) del provvedimento favorevole legittimo, il privato danneggiato possa ottenere un risarcimento; il danno ingiusto che ha l'onere di dimostrare, anche in questo caso, non è legato alla lesione dell'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione del contratto, ma deriva causalmente dalla violazione del diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali³⁷.

La ragione per cui si evidenzia la configurabilità di una responsabilità precontrattuale anche in capo all'amministrazione che esercita il potere è evidente: ciò che può venirle addebitato è di aver tenuto un comportamento sleale, scorretto. Si tratta, come ricordato nella maggior parte delle sentenze citate, di una responsabilità da comportamento e non da provvedimento, la quale è in grado di tutelare il soggetto debole del rapporto, al di là della legittimità degli atti procedurali. Per la verità, il dovere di correttezza è reciproco e grava ugualmente sulla parte pubblica e su quella privata: quest'ultima, in taluni casi (si pensi ad un'impresa mafiosa), può detenere il potere contrattuale in concreto ed eludere le disposizioni normative che determinano una superiorità in capo alla parte pubblica.

Ad ogni modo, la rilevanza giuridica riconosciuta al comportamento dell'amministrazione nei rapporti contrattuali con i privati rende il procedimento ad evidenza pubblica sempre più accostabile ad una trattativa precontrattuale di diritto privato.

Anche le innovative modalità di scelta del contraente confermano il progressivo avvicinamento della contrattazione pubblica a quella privata. Basti considerare che, in caso di dialogo competitivo, procedura competitiva con negoziazione, procedura negoziata senza pubblicazione del bando e partenariato per l'innovazione, fase centrale ai fini della scelta della p.a. con-

³⁷ Cass. civ., sez. un., ordinanze "gemelle" 23 maggio 2011, n. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162; Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

siste nella negoziazione tra questa ed il privato, piuttosto che nelle ordinarie scansioni procedurali.

Quanto premesso porta a svalutare la funzione spesso ricollegata al potere amministrativo, ovvero quella di fungere da criterio distintivo tra la fase precedente e quella successiva alla stipula del contratto pubblico. Invero, l'attività autoritativa esercitata dalla stazione appaltante durante il procedimento riveste un ruolo servente rispetto allo scopo ultimo per cui la p.a. stessa è venuta ad esistenza: la cura ed il soddisfacimento degli interessi pubblici. L'esercizio del potere pubblico costituisce solamente il metodo tramite cui il principio di funzionalizzazione può realizzarsi appieno. La ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale in materia di responsabilità precontrattuale della p.a., unitamente al riconoscimento del ruolo primario dei principi di legalità e di funzionalizzazione, portano a considerare il contratto pubblico come una fattispecie unitaria. In quest'ottica, provvedimento di aggiudicazione e stipulazione del contratto costituiscono un'inscindibile endiadi di atti strumentali e legati consequenzialmente l'un l'altro, mentre l'esecuzione non è altro che la concreta realizzazione dell'interesse pubblico in gioco.

Valorizzare in tal modo il principio di funzionalizzazione può avere ricadute anche sul piano processuale. Infatti, l'attuale assetto del riparto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa pone la stipula del contratto pubblico come suo fondamentale spartiacque e l'esercizio del potere come suo principale elemento di giustificazione: prima della conclusione del contratto, spetta al giudice amministrativo conoscere della controversia, dato che in tale fase la disciplina applicabile è quella amministrativistica, la p.a. esercita potere pubblico e le posizioni soggettive dei privati si qualificano come interessi legittimi; durante l'esecuzione del contratto pubblico stipulato, invece, vigono le regole del diritto civile, gli interessi delle parti sono parificati e le posizioni giuridiche si qualificano come diritti soggettivi, tutelati processualmente dinnanzi al giudice ordinario.

In realtà, la giurisprudenza appare divisa quanto al momento preciso da riconoscere come spartiacque tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, tant'è che le sezioni unite della Suprema Corte di cassazione si sono recentemente pronunciate in maniera antitetica a riguardo: prima³⁸ hanno riconosciuto che spetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione, così come nella successiva fase compresa tra aggiudicazione e stipula del contratto, mentre spetti al giudice ordinario nella fase

³⁸ Cass., sez. un., ord. 3 maggio 2017, n. 10705.

di esecuzione; ad un anno di distanza³⁹, invece, hanno statuito che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo arrivi soltanto fino al provvedimento di aggiudicazione definitiva, mentre non si estenderebbe fino al segmento procedimentale successivo, precedente alla stipula. Ad ogni modo, sostenendo che aggiudicazione e stipula costituiscono parte di un'unica fattispecie, il problema dell'individuazione del preciso atto determinante il riparto giurisdizionale passa in secondo piano.

Tuttavia, l'esercizio di potere è cifra distintiva dell'intero spettro d'azione della p.a. e rappresenta solamente il mezzo per raggiungere gli scopi ultimi della stessa, ovvero gli interessi pubblici. Questi ultimi dovrebbero assicurare ad elementi determinanti l'unico giudice competente a dirimere controversie attinenti ad una fattispecie unitaria (così come va considerata non soltanto l'endiadi provvedimento-contratto, ma l'intera fattispecie contrattuale): il giudice amministrativo.

Questa tesi può essere sostenuta, a maggior ragione, considerando il combinato disposto degli artt. 7, c. 5, e 133, c. 1, lett. e), n. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (o «codice del processo amministrativo»): concentrare in capo al giudice amministrativo la cognizione, «pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi», ribadendola poi nell'ambito specifico delle «procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture», significa superare la tradizionale ricaduta processuale della bipartizione interessi legittimi/diritti soggettivi con riferimento ai contratti pubblici⁴⁰.

Peraltro, la scelta ricadente sul giudice amministrativo va vista con favore, avendo riguardo alla tutela sia delle esigenze del contraente privato, sia degli interessi pubblici perseguiti dalla legge: è questo giudice ad avere solitamente a che fare con le peculiarità dell'azione amministrativa. Inoltre, gli interessi pubblici devono essere tutelati, non solo nei confronti delle illegittimità poste in essere dall'amministrazione, ma anche avverso le scorrettezze dei privati. Questi ultimi, talvolta, rovesciano gli ordinari equilibri del rapporto di diritto amministrativo e si trovano in posizione di supremazia rispetto alla p.a. per mezzi, dimensioni, forza economica; in tale situazione, la quale si verifica (tra gli altri) nei casi di relazioni tra amministrazione e organizzazioni criminali, è l'interesse pubblico a dover essere protetto in via principale avverso un anomalo interesse privato⁴¹.

Infine, è singolare che il d.lgs. n. 104/2010 affidi le controversie relative

³⁹ Cass., sez. un., ord. 5 ottobre 2018, n. 24411.

⁴⁰ C. cost., 5 luglio 2004, n. 204; Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5747; Cons. St., sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146.

⁴¹ F. Pubusa, *Ancora sull'art. 21 quinquies*, cit., 536.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture al giudice amministrativo, sia in caso di appalti sia di concessioni; invece, sulla base dell'art. 133, c. 1, lett. b) e c), c.p.a., la fase di esecuzione è ricompresa nella giurisdizione esclusiva del g.a. solo in caso di concessioni, mentre l'esecuzione d'appalto resta sotto la cognizione del giudice ordinario. Pertanto, ad ulteriore complicazione del quadro processuale, «al riparto giurisdizionale fra autorità giudiziarie incentrato sui diversi segmenti procedurali si aggiunge, nell'ambito dell'esecuzione contrattuale, quello – fenomeno tutto interno alle concessioni di beni e servizi pubblici – che suddivide ulteriormente la cognizione fra le medesime autorità giudiziarie, estendendo il perimetro della giurisdizione amministrativa esclusiva»⁴².

Si tratta di un ulteriore elemento che porta ad ipotizzare l'unificazione della giurisdizione in capo al giudice amministrativo, il quale potrebbe occuparsi delle violazioni emergenti sia durante la fase che precede l'aggiudicazione/stipula del contratto sia durante l'esecuzione dello stesso. Così, verrebbe assicurata una risposta processuale celere ed omogenea contro le infiltrazioni del crimine organizzato, il quale trae attualmente beneficio dalla suddivisione in fasi del ciclo d'appalto e dalla sua conseguente doppia vulnerabilità.

4. La ricerca di qualità in seno agli enti aggiudicatori

L'impeto delle organizzazioni criminali nell'economia legale va rapportato anche alle sue ricadute nella società civile e, in particolare, nella pubblica amministrazione. È innegabile, infatti, che la cultura dell'illegalità si nutre di prassi sedimentate nel tempo e favorite dalle storture sistemiche radicate all'interno della parte pubblica. Già si è parlato della c.d. «zona grigia», una vera e propria isola felice per la mafia, la quale può servirsi delle dinamiche relazionali tra dipendenti pubblici ed imprenditori, per poi strumentalizzarle e direzionarle a proprio piacimento, servendosi del metodo mafioso, di accordi sottobanco o di altre tecniche più moderne ed efficaci.

Il processo che ha lentamente tramutato il classico rapporto corruttivo in infiltrazione criminale ha potuto contare, oltre che sulla progressiva imprenditorialità del crimine organizzato, anche sulle evidenti inadeguatezze caratterizzanti la parte pubblica. Non sempre e non solo, infatti, i dipendenti

⁴² M. Ceruti, *Il riparto di giurisdizione nell'esecuzione dei contratti pubblici: appalti e concessioni*, in *Urb. app.*, 2018, 302 ss.

pubblici impegnati a vario titolo nel settore degli appalti cedono alle *avance* del crimine organizzato; spesso, piuttosto, la parte pubblica si trova a dover maneggiare strumenti che non conosce in maniera approfondita, favorendo in tal modo l'inserimento criminale. Studi internazionali rivelano, infatti, come lo spreco di risorse rinvenibile nel settore degli appalti pubblici sia dovuto per l'ottanta per cento all'incapacità degli addetti ai lavori e solo per il venti per cento alla corruzione. In particolare, nell'analisi degli acquisti di beni standardizzati da parte delle amministrazioni italiane, le differenze di prezzo per merci equivalenti ed i costi superiori risultano correlati in massima parte (ottantatré per cento) ad insufficienti capacità professionali, piuttosto che a fenomeni corruttivi⁴³.

Dal momento che l'azione delle organizzazioni criminali riesce a sfruttare le vulnerabilità persistenti a livello territoriale, economico e giuridico, il livello di professionalità richiesto alla parte pubblica deve necessariamente essere alto e diversificato a seconda dell'ambito d'azione rilevante in concreto. L'apparato pubblico abbisogna di un'opera di riqualificazione complessiva nel settore in esame, la quale deve comportare la preventiva individuazione dei rischi e la conseguente definizione delle strategie necessarie a gestire il mercato di riferimento⁴⁴.

Un punto di partenza imprescindibile, con lo scopo della diffusione della cultura della legalità, è costituito da una costante e corretta applicazione della disciplina di settore; anzi, una pubblica amministrazione preparata ed aggiornata può servirsi degli strumenti normativi a sua disposizione per colmare lacune od incongruenze lasciate in sospeso dal legislatore. Si pensi al caso della sub-contrattazione: «una prassi responsabile e trasparente potrebbe garantire ampiamente dal rischio che attraverso subcontratti formalmente non definibili subappalti passino delle infiltrazioni malavitose. In questo caso, ad esempio, applicando, semplicemente, norme già in vigore ma che nella generalità dei casi sono totalmente disattese. Ci riferiamo all'ex comma 12 dell'art. 18 della legge n. 55/90 (oggi art. 118, c. 11, d.lgs. n. 163/2006), che prevede l'obbligo per l'appaltatore “[...] di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati”. Quasi tutti gli appaltatori non ottemperano a questa nor-

⁴³ G. M. Racca e S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, cit., 112; O. Bandiera, A. Prat e T. Valletti, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economy Review*, 2009, 1278 ss.

⁴⁴ G. M. Racca e S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, cit., 119 s.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

ma, ma, cosa ben più grave, nessuna pubblica amministrazione ne richiede la sua puntuale applicazione»⁴⁵.

Sempre in relazione alla corretta applicazione delle norme che disciplinano l'esecuzione dell'appalto, i controlli prescritti durante tale fase dovrebbero essere svolti con un continuo e responsabile monitoraggio da parte delle figure indicate dal codice degli appalti: il direttore dell'esecuzione ed il responsabile unico del procedimento e, per i lavori pubblici, anche il coordinatore della sicurezza per la fase di esecuzione. Infatti, in fase esecutiva, «situazioni patologiche di illegalità non possono che essere spiegate con la mancanza di una presenza responsabile di queste stesse figure, le sole che possono e debbono garantire un controllo efficace e trasparente»⁴⁶.

Risulta, peraltro, cruciale apportare un generale miglioramento delle conoscenze e dell'organizzazione delle committenze pubbliche. Quanto al primo aspetto, sarebbe auspicabile il finanziamento di vasti programmi di formazione professionale ad aggiornamento costante per il personale operante nel settore; decisiva potrebbe essere la condivisione di esperienze, strumenti e servizi tra le varie amministrazioni, avvalendosi di appositi forum su reti telematiche dedicate⁴⁷.

Venendo alle soluzioni organizzative, è indispensabile una drastica riduzione del numero di stazioni appaltanti: infatti, alla numerosità di amministrazioni aggiudicatrici corrisponde una disaggregazione della domanda pubblica in tante gare, spesso di valore inferiore alla soglia comunitaria e, quindi, soggette ai rischi connessi ad una tutela meramente interna della procedura selettiva. A tal proposito, il titolo II, parte II, del nuovo codice appalti ha introdotto un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti gestito dall'ANAC, il quale è volto a consentire di valutare l'effettiva capacità tecnica ed organizzativa delle stesse sulla base di parametri oggettivi. «L'obiettivo pare quello di riqualificare il sistema della contrattazione pubblica, sia in relazione alle strutture organizzative, sia alle competenze professionali dei funzionari pubblici a ciò deputati, utili ad assicurare efficienza e integrità»⁴⁸.

Pertanto, in vista della selezione del miglior contraente possibile per la realizzazione dell'interesse pubblico, la nuova disciplina affida un ruo-

⁴⁵ CNEL, Rapporto ITACA, *Il contrasto dei fenomeni di illegalità*, cit., 59. Ad oggi, il vigente d.lgs. n. 50/2016 prevede omologa disposizione al c. 2 dell'art. 105; nonostante siano passati ben dieci anni dal rapporto citato, la situazione dei controlli nella sub-contrattazione non è lontana da quella allora riportata dal CNEL.

⁴⁶ CNEL, Rapporto ITACA, cit., 60.

⁴⁷ CNEL, Rapporto ITACA, cit., 57.

⁴⁸ G. M. Racca e S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, cit., 121.

lo da protagonista alle centrali di committenza, le quali devono sviluppare adeguate professionalità ed utilizzare strumenti elettronici per la raccolta ed elaborazione dei dati (come disposto dall'art. 40 del codice). L'introduzione di tali forme di aggregazione della domanda pubblica conferma la consapevolezza del legislatore dell'evoluzione del settore degli appalti e delle persistenti inadeguatezze in esso ravvisabili; è il mercato stesso a richiedere nuove professionalità, le quali devono essere in grado di definire strategie di gara al passo coi tempi ed a prova d'infiltrazione. Si tratta di uno scopo certamente difficile da realizzare (quantomeno nel breve periodo), ma che può essere facilitato mediante il ricorso a strutture complesse, sommatoria di differenti professionalità settorialmente specializzate. Ciò presuppone un necessario *restyling* dei modelli organizzativi pubblicistici e l'auspicata riqualificazione del personale, elementi che (insieme) devono guidare l'aggregazione della domanda pubblica; quest'ultima, inoltre, per risultare concretamente efficace, deve fondarsi su approfondite e differenziate analisi di mercato, capaci di tutelare la libera concorrenza e di evitare la frammentazione dal lato della domanda e dell'offerta. È in tale contesto di mercato che la bassa professionalità delle amministrazioni aggiudicatrici subentra, causando allarmanti rischi d'influenza criminale, i quali possono essere meglio fronteggiati mediante organizzazioni professionali qualificate⁴⁹.

Tuttavia, si ritiene che per assicurare il grado di professionalità richiesto non sia sufficiente un'aggregazione delle centrali di committenza a livello nazionale. Essa pare un'efficace misura di prevenzione, se supportata da istanze formative costanti ed aggiornate, ma vi è necessità di allargare la prospettiva: la collaborazione deve varcare i confini nazionali ed abbracciare diverse centrali di committenza stanziate in vari Stati membri dell'Unione europea. Si tratta di una prassi già percorsa e che ha portato a risultati tutt'altro che marginali in altri ordinamenti.

L'art. 39, § 2, dir. 2014/24/UE stabilisce che gli Stati membri «non vietano alle loro amministrazioni aggiudicatrici di fare ricorso ad attività di centralizzazione delle committenze offerte da centrali di committenza in un altro Stato membro». La previsione s'inserisce coerentemente nel disegno sottostante ai trattati UE, ovvero quello di creare un mercato unico europeo, all'interno del quale persone, prodotti ed attività economiche possano trovare una compiuta realizzazione, con libertà simili a quelle riscontrabili sul suolo nazionale. L'esplicita mancanza di divieto prevista dalla norma va letta come un auspicio al ricorso a forme di collaborazione amministrativa

⁴⁹ G. M. Racca e S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, cit., 119 ss.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

tra centrali di committenza europee, con il fine della stipulazione congiunta di accordi quadro e della messa a disposizione degli stessi ad altre p.a.; ciò consentirebbe alle imprese aggiudicatrici di aprirsi a nuovi mercati, ma soprattutto di godere di un patrimonio conoscitivo sempre più esteso⁵⁰.

Il reale valore aggiunto di tali forme di aggregazione tra stazioni appaltanti di diversi Stati membri sta nell'armonizzazione che esse comportano: la cooperazione europea consente la diffusione di documenti standard di selezione del contraente privato e di esecuzione del contratto, i quali appiattiscono le differenze giuridiche e linguistiche esistenti tra i vari Paesi. Tuttavia, mentre in alcuni l'adesione alle attività di centralizzazione di committenze di Stati membri diversi è stata piena (in Regno Unito ed in Francia, ad esempio), nel nostro ordinamento tale prassi stenta ad affermarsi in maniera incondizionata: viene ammessa, ma solo qualora le centrali di committenza estere svolgano attività di grossista. Da quanto evidenziato, emerge chiaramente la necessità di superare tale restrizione, al fine di favorire un continuo coordinamento tra stazioni appaltanti nazionali e stazioni appaltanti ubicate in altri Stati membri; ciò potrebbe avvenire mediante la messa a disposizione di accordi quadro ad amministrazioni locali, nazionali ed europee, con il fine ultimo di garantire in modo costante l'integrità dell'appalto pubblico.

5. Verso la tracciabilità dei movimenti criminali

Agire in via preventiva nei confronti di un fenomeno dai contorni tutt'altro che netti rappresenta una sfida ardua. «Infiltrazione mafiosa» è un concetto vago e legislativamente vuoto, riempito a stento da varie pronunce giurisprudenziali, di fronte al quale l'interprete ha il difficile compito di darvi consistenza. L'indeterminatezza definitoria, peraltro, costituisce una precisa scelta normativa, dettata dall'incapacità di prevedere in maniera organica tutti i comportamenti delle organizzazioni criminali che si traducono in un'illegittima ingerenza nel mondo degli appalti. Infatti, le situazioni da cui desumere i «tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva» (previste dall'art. 84, c. 4, d.lgs. n. 159/2011) danno forma ad un catalogo aperto: il fatto che si intende

⁵⁰ G. M. Racca e S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, cit., 125 ss.: un esempio di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri differenti è dato dal progetto Happi (*Healthy Ageing – Public Procurement of Innovations*), che ha attuato la prima esperienza di appalto pubblico congiunto innovativo a livello europeo nel settore dell'invecchiamento attivo ed in buona salute.

prevenire può avvenire «in una pluralità di modi, non pre-definiti normativamente nella loro consistenza, ma solo nei risultati (cioè nell'effetto comunque favorevole di cui l'organizzazione criminale beneficia, direttamente come contraente o mediante l'attività di un'impresa contraente, per il fatto di entrare in rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione)»⁵¹. Non occorre un accertamento penale, né che l'infiltrazione sia in atto, per giustificare provvedimenti fortemente limitanti la libertà economica del destinatario (le interdittive antimafia, appunto), che paiono rimedi posti al limite tra il diritto penale ed il diritto amministrativo. A ciò va aggiunto l'ampio potere istruttorio e discrezionale posto nelle mani dell'autorità prefettizia per meglio comprendere la delicatezza del contesto normativo e delle sue ricadute fattuali⁵².

Come ha recentemente sottolineato il Consiglio di Stato, l'ampiezza dei poteri d'indagine di cui gode l'autorità prefettizia è giustificabile prendendo atto della varietà dei metodi d'inserimento criminale, la quale «impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi. Negare però in radice che il Prefetto possa valutare elementi "atipici", dai quali trarre il pericolo di infiltrazione mafiosa, vuol dire annullare qualsivoglia efficacia alla legislazione antimafia e neutralizzare, in nome di una astratta e aprioristica concezione di legalità formale, proprio la sua decisiva finalità preventiva di contrasto alla mafia, finalità che, per usare anche le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *De Tommaso c. Italia*, consiste anzitutto nel "tenere il passo con il mutare delle circostanze" secondo una nozione di legittimità sostanziale»⁵³.

Alle ragioni a sostegno di un utilizzo limitato di tali strumenti di diritto amministrativo (ma accostabili a vere e proprie sanzioni penali accessorie) da parte delle prefetture, si contrappone la constatazione delle infinite trame relazionali d'inserimento intessute dalle organizzazioni criminali. La commistione tra criminalità organizzata, politica ed imprenditoriale, infatti, si è evoluta ed ha privilegiato il ricorso ad istituti privatistici per mascherare

⁵¹ Tar Lazio, Roma, sez. III, 9 novembre 2005, n. 10892.

⁵² Cons. St., sez. III, 5 marzo 2018, n. 1400. In merito alla natura affittiva dell'interdittiva antimafia, M. Menna, *La prevenzione tra stabilizzazione del giudizio, esigenza di legittimazione e flessibilità sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 252 ss.

⁵³ Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105; C. eur. dir. uomo, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

infiltrazioni illecite nel settore degli appalti pubblici. Si assiste, infatti, ad un processo di privatizzazione delle relazioni contrattuali, sviluppato tramite il proliferare di società di diritto privato per la realizzazione e gestione di opere pubbliche: si tratta di «un numero straordinario di contratti e di società che operano in un regime di diritto privato e nelle quali il rapporto fra politici, tecnici e imprenditori si confonde, ed i ruoli diventano sempre più intercambiabili ed intercambiati»⁵⁴.

Nonostante i tentativi di semplificazione apportati dalla disciplina delle «white list», nonché la tutela preventiva in fase esecutiva prevista dalle norme sul subappalto, il quadro normativo pare ancora non del tutto soddisfacente. Quanto alle liste prefettizie, occorre mettere in risalto che probabilmente tale istituto non ha del tutto esaurito il proprio potenziale: il crimine organizzato si annida dietro vari schermi negoziali, inserendosi nei momenti cardine dell'appalto pubblico; l'iscrizione dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori virtuosi all'interno degli elenchi in esame, seppur obbligatoria, non sembra cogliere il nocciolo problematico della questione. Una risposta del legislatore potrebbe essere l'estensione dei soggetti da iscrivere all'interno delle «white list»: se, infatti, l'infiltrazione non prende di mira soltanto la realizzazione dell'appalto *in toto*, ma anche soltanto singole prestazioni oggetto del contratto, includere nelle liste bianche prefettizie anche imprese sub-fornitrici o, in generale, sub-contraenti maggiormente a rischio infiltrazione potrebbe aiutare ad arginare il problema.

Anche con riferimento all'ampiezza delle prerogative dell'ANAC, si ritiene che la possibilità di adottare pareri di precontenzioso, in particolare, non costituisca rimedio sufficiente a prevenire le infiltrazioni criminali: se è vero, infatti, che l'Autorità gode di una sorta di “para-giurisdizione” in materia di contratti pubblici, probabilmente le maggiori tutele offerte dal contesto processuale supportano la conclusione che una giurisdizione unica rappresenterebbe la soluzione più efficace.

Certamente, le insidie si riscontrano su più fronti (sia pubblico sia privato) e si annidano tra tessuti sociali e caratterizzazioni territoriali difficilmente sondabili dal diritto. Come già sottolineato, è richiesta la massima professionalità degli enti pubblici aggiudicatori, preposti a dare compiutezza ai fini istituzionali affidatigli dalla legge, in modo tale da diffondere la cultura della fiducia nei confronti delle istituzioni e del rispetto della legalità da parte delle stesse. Da quest'ultimo punto di vista, le misure di prevenzione introdotte dalla legge anticorruzione paiono in grado di monitorare e standardizzare il tasso di legalità di soggetti pubblici e privati.

⁵⁴ CNEL, Rapporto ITACA, *Il contrasto dei fenomeni di illegalità*, cit., 47.

In particolare, ci si riferisce al sistema attualmente vigente, che, alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, è stato coordinato con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (c.d. «*Freedom of Information Act*») e comprende, tra le altre previsioni: l'adozione, a livello centrale, del piano nazionale anticorruzione (PNA) da parte dell'ANAC; a livello decentrato, i piani triennali di prevenzione della corruzione (PTCP), adottati da ogni amministrazione; il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza; l'organismo di vigilanza; la disciplina delle situazioni di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi dirigenziali; l'obbligatorietà dei codici di comportamento per i dipendenti; la tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. «*whistleblowing*»); l'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi; gli obblighi di pubblicazione e l'accesso generalizzato ex d.lgs. n. 33/2013.

Si tratta di un sistema composito, il quale cerca di fungere da raccordo tra un generale obiettivo di trasparenza “dall'alto”, perseguito dall'ANAC tramite l'emanazione del PNA, ed uno specifico piano di trasparenza “dal basso”, implementato dalle misure che le varie p.a. devono adottare. Inoltre, grazie all'intervento chiarificatore dell'Autorità, è stato definito il perimetro di operatività delle misure predisposte dalla legge anticorruzione, la cui applicazione viene sostanzialmente estesa anche alle società ed agli altri enti privati in controllo pubblico, cercando in tal modo di abbattere lo schermo privatistico cui spesso la mafia ricorre per occultare irregolarità⁵⁵.

Tuttavia, si tratta di accorgimenti utili da un punto di vista di prevenzione anti-corruttiva generale, ma non da quello (più specifico) di una prevenzione delle infiltrazioni criminali negli appalti pubblici; la prospettiva di un sistema di prevenzione e trasparenza *ad hoc* non sembra fuori luogo, magari supportata da ulteriori aggiustamenti legati alle particolarità delle pubbliche commesse. Un'idea al riguardo consiste nella predisposizione di una banca dati dei ribassi, in modo tale da monitorare l'andamento delle offerte presentate in sede di gara ed evitare un uso distorto del criterio del prezzo più basso. Se è vero, infatti, che spesso anche l'offerta economicamente più vantaggiosa determina occasioni d'infiltrazione criminale, lasciando spazio ad un'ampia discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti, il criterio del prezzo più basso può dare luogo a patologici fenomeni di concorrenza al ribasso, la quale svislisce interamente gli obiettivi di qualità e favorisce le

⁵⁵ ANAC, *Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*, determinazione 8 novembre 2017, n. 1134, 21 ss.

infiltrazioni criminali e appalti pubblici

imprese infiltrate. La banca dati rappresenterebbe il luogo telematico di confronto in grado di fissare soglie ponderate di ribasso, differenziate a seconda del tipo di contratto pubblico ed all'oggetto dello stesso.

Tale accorgimento vale, a maggior ragione, a seguito dell'emanazione del decreto «sblocca cantieri», il quale ha ridimensionato il ruolo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche se limitatamente all'appalto di lavori: in quest'ultimo caso, infatti, in virtù dell'abrogazione dell'art. 95, c. 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, i due criteri sono alternativi e la scelta è rimessa alla stazione appaltante, fatti salvi casi specifici in cui per i lavori, date le particolari procedure prescelte, resta il primato del criterio qualitativo⁵⁶.

In sostanza, si è cercato di proporre suggerimenti volti ad integrare un quadro normativo complesso ed articolato, al momento difficilmente riconducibile ad un sufficiente grado di sistematicità. D'altronde, anche le organizzazioni mafiose non conoscono più prefissati schemi d'intervento, ma, ricorrendo a canali innovativi e sotterranei, sono in grado di individuare e penetrare le aree maggiormente a rischio.

Abstract

The essay analyses the characteristics of criminal infiltration in public procurement and proposes concrete measures to enhance its prevention. Criminal organizations tend more and more to hide behind private contractual arrangements and to adapt their action according to the different stages of the public procurement process. However, current legislation doesn't seem to offer adequate response to the ongoing infiltration of organized crime into the legal economy. The present work aims, therefore, at exploring new perspectives in that respect, in particular by focusing on the following: the main functions and powers of the National Anti-Corruption Authority (Autorità Nazionale Anticorruzione); the role and differences between the so called «interdittiva antimafia» and the «white lists»; the rules governing the execution of public contracts. Finally, the main suggestion to tackle the examined problem is identified in the structural unification of the jurisdiction of the administrative judge, thus trying to prevent criminal infiltration both in the phases that precede and follow the conclusion of public contracts.

⁵⁶ R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici*, cit., 460.

NICOLA POSTERARO

DELL'ACCESSIBILITÀ DELLE PERSONE DISABILI
AGLI EDIFICI DI INTERESSE CULTURALE:
PROBLEMI E PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. L'oggetto dell'indagine. – 2. Superamento delle barriere architettoniche, edifici culturali e fruizione del patrimonio culturale: premesse generali. – 3. Sulle difficoltà riscontrate dalle persone disabili che vogliono partecipare alla vita culturale del Paese tramite accesso agli edifici culturali (ovvero, degli interventi progettati – e apprestati – in spregio alle disposizioni). – 4. Accessibilità agli edifici culturali e interesse alla conservazione dei beni sottoposti a vincolo storico-artistico: il caso degli edifici privati. – 4.1. (*segue*) Il potere autorizzatorio della Soprintendenza. – 4.2. (*segue*) Del provvedimento di diniego opposto dalla Soprintendenza: sui vizi di legittimità maggiormente ricorrenti e sul sindacato del giudice amministrativo. – 5. Alcune osservazioni sui rapporti tra interventi diretti ad assicurare l'accessibilità e gli edifici di interesse culturale pubblici. – 6. Riflessioni conclusive.

1. L'oggetto dell'indagine

Il tema dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale (da intendersi in senso lato)¹ può essere considerato sotto molteplici punti di vista.

Si può ad esempio indagare col fine di verificare quali siano i problemi pratici cui vadano incontro le persone con particolari necessità laddove vogliono partecipare alla vita culturale del Paese tramite accesso agli edifici in parola (e, dunque, con lo scopo di appurare quanto le norme sul superamento delle barriere architettoniche, sia per come sono scritte,

¹ In senso stretto, dal punto di vista giuridico, gli edifici «di interesse culturale» sono quelli su cui grava un vincolo di tipo storico-artistico; latamente, il concetto è invece da intendersi in senso più ampio: sono edifici di interesse culturale, ad esempio, anche i musei (pubblici o privati) di nuova costruzione. In questo scritto, la locuzione sarà da intendersi in senso lato. Agli edifici di interesse culturale in senso stretto, invece, sarà dedicata una riflessione specifica ai § 4 e 5.

sia per come sono concretamente applicate, riescano davvero a garantire l'inclusione della persona disabile nel contesto culturale della società²); ma lo si può anche approfondire con l'intento di constatare come e se l'interesse al superamento delle barriere architettoniche possa concretamente trovare soddisfacimento nel caso in cui gli interventi astrattamente atti ad assicurarlo siano da effettuare su edifici vincolati perché di interesse storico-artistico.

In questa breve analisi, pur senza alcuna pretesa di esaustività, verranno percorse entrambe le "strade" (che, com'è evidente, non sono del tutto sovrapponibili).

Il lavoro è frutto di una ricerca che è stata condotta, oltre che attraverso lo studio delle norme, della dottrina e della giurisprudenza intervenuta sul punto, anche grazie all'apporto concretamente fornito da associazioni di categoria, da persone con particolari necessità direttamente interessate dalla questione e da professionisti (architetti) impegnati nel settore della progettazione.

2. Superamento delle barriere architettoniche, edifici culturali e fruizione del patrimonio culturale: premesse generali

Com'è noto, il concetto di accessibilità (cui pure si riferisce, non a caso, il nuovo codice degli appalti pubblici³) è stato introdotto, a livello normativo, nel nostro ordinamento, nell'ambito delle strutture edilizie e delle immediate pertinenze. In questo settore, essa viene intesa come possibilità, anche per le persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale, di raggiungere l'edificio e le sue singole unità immobiliari e ambientali, di entrarvi agevolmente e di fruirne spazi e attrezzature in condizioni di adeguata sicurezza e autonomia⁴.

² Come affermato da G. Griffo, *Persone con disabilità e diritti umani*, in *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, a cura di T. Casadei, Torino, Giappichelli, 2012, 150, l'inclusione è un «diritto/processo che interviene per riscrivere le regole della società che esclude».

³ Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, modificato da ultimo con l. 27 dicembre 2017, n. 205, contiene riferimenti all'accessibilità. In quest'ottica, anche il diritto dei contratti «si è evoluto alla luce del progressivo affermarsi della tutela del disabile e degli altri soggetti a vario titolo discriminati» (così G. Tucci, *La partecipazione del disabile alla vita sociale*, in *Questione Giustizia*, 2018).

⁴ La definizione è quella di cui alla lettera g) dell'art. 2, decreto del Ministro dei lavori pubblici 14 giugno 1989, n. 236 («Prescrizioni tecniche necessarie a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica, ai fini del

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

Sul piano pratico, il suddetto concetto è strettamente connesso a quello di barriera architettonica, posto che, al fine di garantire “l’entrata agevole” in un edificio già esistente, occorre, concretamente, eliminare tutti quegli ostacoli esistenti che la renderebbero altrimenti impossibile (o, comunque, difficile)⁵.

Generalmente, si afferma che la normativa italiana in tema di superamento delle barriere architettoniche è di tipo avanzato⁶: essa, composta da

superamento e dell’eliminazione delle barriere architettoniche»). Il principio della “accessibilità”, come si nota, è rafforzato, in questa definizione, dal principio della “autonomia”, che, volto a tutelare la dignità della persona con disabilità, è stato ribadito alla Conferenza europea sulla disabilità di Madrid nel 2002 e confermato dall’Italia, nel 2003, a Bari, nella II Conferenza nazionale sulle politiche per la disabilità. Tale principio è riscontrabile anche nella normativa nazionale (ad esempio nella l. 8 novembre 2000, n. 328 “Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali») e nello stesso principio della “sussidiarietà”. Occorre precisare che l’accessibilità non è correlata ai soli immobili/edifici; essa, al contrario, va garantita con riferimento a tutti i «luoghi di interesse culturale» (centri storici, aree archeologiche, parchi e giardini storici, siti di interesse paesaggistico). In genere, sull’argomento, cfr. A. Tamaro, *Le barriere architettoniche: normativa e modelli progettuali in favore degli invalidi civili*, Roma, Bulzoni, 1983; Id., *Barriere architettoniche: strumenti per il loro superamento*, Rimini, Maggioli, 1990; I. Argentin, *Eliminazione barriere architettoniche, progettare per un’utenza ampliata*, Roma, Dei editore, 2004; G. Del Zanna, *Progettare l’accessibilità*, Palermo, Grafill, 1999.

⁵ Ci si riferisce agli edifici già esistenti perché, a rigore, nel caso di nuove costruzioni non si tratta di “superare barriere architettoniche”, ma di progettare e costruire secondo regole che consentano fin dall’inizio una effettiva e piena accessibilità dei singoli al nuovo edificio culturale.

⁶ Le disposizioni in materia di accessibilità e di superamento delle barriere architettoniche, secondo la giurisprudenza costituzionale (da ultimo, cfr. C. cost., 5 maggio, 2014, n. 111), attengono alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali», di cui all’art. 117, c. 2, lett. m), Cost., che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Sulla base di questa considerazione, C. cost., 18 ottobre 2016, n. 272, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma della l.r.g. Liguria, 7 aprile 2015, n. 12 («Disposizioni di adeguamento della normativa regionale»), che apportava «una significativa deroga» alla disciplina statale: con riferimento alla realizzazione di opere di «ristrutturazione edilizia anche parziale di edifici non già adeguati alle norme sul superamento delle barriere architettoniche che siano sedi di attività aperte al pubblico», la norma regionale si limitava a prescrivere che esse non determinassero un «peggioramento delle caratteristiche originarie di accessibilità delle unità immobiliari interessate dalle stesse», e questo a fronte della previsione nella legge statale dell’obbligo generale di conformare le strutture immobiliari ai requisiti costruttivi e funzionali necessari per eliminare ogni barriera architettonica. Secondo la Corte, la norma, limitandosi a prescrivere un obbligo di non peggioramento delle «caratteristiche originarie di accessibilità» per la realizzazione di opere edilizie sugli edifici esistenti, «invade l’ambito riservato alla potestà legislativa esclusiva statale di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni rese in favore delle

disposizioni immediatamente precettive – direttamente attuative, tra gli altri, dell’art. 32 Cost.⁷ – attribuisce alle persone disabili, nella prospettiva della giurisprudenza nazionale, un vero e proprio diritto soggettivo all’eliminazione delle barriere architettoniche⁸ e si colloca nella più ampia politica dell’inclusione sociale⁹.

Tale normativa, come rilevato anche dalla giurisprudenza, ha elevato il livello di tutela dei soggetti disabili, facendo sì che questo, non più relegato ad un ristretto ambito soggettivo ed individuale, sia oggi concretamente considerato come un interesse primario dell’intera collettività¹⁰, da

persone portatrici di handicap, alterando la delicata graduazione di interessi rimessa, nel sistema di tutela delle persone disabili, al legislatore statale».

⁷ Il Giudice delle leggi ha da tempo evidenziato come qualsiasi norma che impedisca o ostacoli l’accessibilità e, quale riflesso necessario, la socializzazione dei portatori di *handicap*, comporti anche una lesione del loro fondamentale diritto alla salute (cfr., ad esempio, C. cost., 10 maggio 1999, n. 167). In questo senso, anche la recente Cass., sez. II, 28 marzo 2017, n. 7938, secondo cui le disposizioni in materia di eliminazione di barriere architettoniche costituiscono norme imperative ed inderogabili, direttamente attuative, in verità, non solo dell’art 32 Cost., ma anche dell’art. 42 Cost.

⁸ Cfr. Cass., sez. III, 23 settembre 2016, n. 18762, che parla di un vero e proprio diritto soggettivo delle persone disabili all’accesso agli edifici (ovvero, di un loro diritto all’eliminazione delle barriere architettoniche). In quest’ottica, poiché le disposizioni appaiono idonee a far ritenere prive di qualsivoglia legittima giustificazione la discriminazione o la situazione di svantaggio in cui si vengano a trovare le persone disabili, è a loro consentito il ricorso alla tutela antidiscriminatoria quando l’accessibilità sia impedita o limitata (a prescindere dall’esistenza di una norma regolamentare apposita che attribuisca la qualificazione di barriera architettonica ad un determinato stato dei luoghi).

⁹ P. Cendon, *Le attività realizzatrici della persona*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2412.

¹⁰ I giudici della Corte di cassazione hanno spiegato che, in tema di eliminazione delle barriere architettoniche, la legge (e, in particolare, la 9 gennaio 1989, n. 13, su cui, meglio, *infra*) costituisce l’espressione di un principio di solidarietà sociale, ma persegue anche finalità di carattere pubblicistico, perché favorisce l’accessibilità agli edifici nell’interesse generale (Cass., sez. II, 12 aprile 2018, n. 9101; nello stesso senso, cfr. Cass., n. 7938/2017 e, prima ancora, Cass., sez. II, 25 ottobre 2012, n. 18334, oltre che C. cost., 10 maggio 1999, n. 167). Secondo Cass., n. 7938/2017, proprio perché la legge in questione, in base ad un’interpretazione costituzionalmente orientata, esprime il principio secondo il quale i problemi delle persone affette da una qualche invalidità devono essere assunti dall’intera collettività, ha in tal senso imposto in via generale che nella costruzione di edifici privati e nella ristrutturazione di quelli preesistenti, le barriere architettoniche siano eliminate indipendentemente dalla effettiva utilizzazione degli edifici stessi da parte di persone disabili, trattandosi comunque di garantire diritti fondamentali (C. cost., n. 167/1999; Cass. n. 18334/2012; Cons. St., sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4824) e non di accordare diritti personali ed intransmissibili a titolo di concessione alla persona disabile in quanto tale (cfr. anche Cass., sez. II, 26 febbraio 2016, n. 3858). Al riguardo, rileva quell’orientamento giurisprudenziale, formatosi in tema di applicazione della l. n. 13/1989, che riconosce in via

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

soddisfare con interventi diretti sia a creare *ex novo* ambienti inclusivi, sia a rimuovere ostacoli (barriere architettoniche, appunto) esistenti¹¹, preclusivi dello sviluppo della persona e dello svolgimento di una sua normale vita di relazione¹².

generale ai singoli condomini la legittimazione a richiedere l'eliminazione delle barriere architettoniche, anche in assenza di soggetti disabili nel condominio, «essendo unicamente rilevante l'obiettivo di atteggiamento dell'edificio, anche privato, ad essere fruito da parte di qualsiasi soggetto», prescindendosi quindi dall'esistenza di un diritto reale o personale di godimento in capo a soggetti portatori di disabilità (TAR Sicilia, Catania, sez. I, 13 maggio 2016, n. 1321; TAR Veneto, Venezia, sez. II, n. 5 aprile 2007, n. 1122).

¹¹ Come rilevato da A. Arengi, *Venezia, accessibilità ai ponti*, in *Ananke*, 2013, 92, tuttavia, la normativa italiana in materia di superamento delle barriere architettoniche «è, di fatto, pensata per le nuove costruzioni, e si adatta con molte difficoltà al costruito, specie se sottoposto a vincolo di carattere monumentale» (su questo ultimo aspetto, si veda *infra*).

¹² Cass., n. 18334/2012; Cass., n. 7938/2017, n. 7938. Per un *excursus* sull'evoluzione della normativa italiana ed internazionale si rimanda a: A. Ornati, *Architettura e barriere. Storia e fatti delle barriere architettoniche in Italia e all'estero*, Milano, Franco Angeli, 2000; F. Marafini, *Barriere architettoniche*, Roma, Legislazione tecnica, 2007. La circolare del Ministero dei lavori pubblici del 29 gennaio 1967, n. 425 «Standard residenziali» (in particolare punto 1.6) si è occupata per prima dell'argomento (fornendo indicazioni non vincolanti). È seguita, poi, la circolare del Ministero dei lavori pubblici 19 giugno 1968, n. 4809 «Norme per assicurare la utilizzazione degli edifici sociali da parte dei minorati fisici e per migliorare la godibilità generale», in cui sono state riportate per la prima volta indicazioni dimensionali in gran parte riprese nei provvedimenti successivi. Tuttavia, il primo vero provvedimento legislativo in materia (seppur limitato agli edifici pubblici o aperti al pubblico) è la l. 30 marzo 1971, n. 118 «Conversione in legge del D.L. 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili» (in particolare l'art. 27 «barriere architettoniche e trasporti»); esso ha prescritto l'obbligo di realizzare le nuove costruzioni in conformità alla circolare del Ministero dei lavori pubblici n. 4809/1968, anche apportando le possibili e conformi varianti agli edifici appaltati o già costruiti (il regolamento di attuazione è stato emanato con d.P.R. 27 aprile 1978, n. 384, successivamente sostituito dal d.P.R. 24 luglio 1996, n. 503). Rileva, in questo senso, anche la l. 28 febbraio 1986, n. 41 «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato» (l. finanziaria 1986): in particolare il c. 20 dell'art. 32, il quale prescrive che non possono essere approvati e finanziati progetti di costruzione di opere pubbliche che non siano conformi alle disposizioni del d.P.R. n. 384/1978 (nello stesso articolo viene, inoltre, introdotto l'obbligo da parte di tutti gli enti pubblici di dotarsi di uno specifico «Piano per l'eliminazione delle barriere architettoniche» – PEBA). Con la l. 9 gennaio 1989, n. 13 (modificata dalla legge 27 febbraio 1989, n. 62) «Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati» e la relativa circolare esplicativa circolare del Ministero dei lavori pubblici 22 giugno 1989, n. 1669, l'obbligo di favorire la fruizione degli edifici di nuova costruzione o in fase di ristrutturazione da parte di persone con disabilità viene esteso anche agli edifici privati indipendentemente dalla loro destinazione d'uso (rileva, in questo contesto, il d.m. n. 236/1989 «Prescrizioni tecniche necessarie a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli edifici privati e di edilizia residen-

Ciononostante, nel caso degli edifici di interesse culturale (sia qualora siano da costruire *ex novo*, sia qualora siano da ristrutturare, in quanto già esistenti) non sembra che siffatta normativa venga sempre correttamente interpretata da chi sia tenuto ad applicarla. Pare, anzi, che, come si proverà a rappresentare *infra*, i problemi riscontrati dalle persone disabili che vogliono accedere a siffatti immobili siano ancora numerosi.

Eppure, se è vero che il nostro ordinamento riconosce ai singoli il diritto soggettivo a *fruire* del patrimonio culturale della Nazione¹³ e che dunque la cultura è un *bene* libero che deve essere accessibile a tutti¹⁴, al-

ziale pubblica sovvenzionata e agevolata, ai fini del superamento e dell'eliminazione delle barriere architettoniche», che è regolamento di attuazione della l. n. 13/89: esso rappresenta un radicale cambiamento rispetto alle norme precedenti; vengono fornite delle nuove definizioni e indicazioni progettuali anche di tipo prestazionale che modificano la filosofia degli obblighi per il superamento delle barriere architettoniche). Riveste una importanza non indifferente, per il tema, anche la l. 5 febbraio 1992, n. 104 (integrata e modificata con l. 28 gennaio 1999, n. 17) «Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate», in particolare l'art. 24, che ha apportato alcune modifiche ed integrazioni sia alla l. n. 118/1971, che alla l. n. 13/89 ed ai relativi decreti di attuazione. In particolare, ha reso obbligatorio l'adeguamento degli edifici per qualsiasi tipologia di intervento anche se relativo a singole parti. Ha inoltre stabilito l'obbligo di estendere il piano per l'eliminazione delle barriere architettoniche, introdotto dalla l. 28 febbraio 1986, n. 41, all'accessibilità urbana. Infine, occorre dar conto del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 («Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia»), in particolare, degli artt. 77 ss. del suo capo III, titolo IV, parte II («Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati, pubblici e privati aperti al pubblico»): nei siffatti articoli sono confluiti, in particolare, gli artt. da 1 a 3, 6 e 8 della L. 13/1989 e l'art. 24 della L. 104/1992. Varie sono poi le norme regionali che riportano indicazioni tecniche o disposizioni integrative o di recepimento del d.m. n. 236/1989 e del d.P.R. n. 503/1996.

¹³ In questo senso, R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, in *Dir. amm.*, 2016, 498. L'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 parla di un diritto assoluto di ciascun individuo a fruire liberamente della vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare ai benefici del progresso scientifico; sul punto, E. Stamatopoulou, *Cultural rights in international law: article 27 of the UDHR and beyond*, Leiden-Boston, 2007, 37 ss. Come rilevato da R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, cit., 504, l'enunciato della dichiarazione ha trovato «specificazione nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, infine nella Convenzione quadro del Consiglio d'Europa di Faro del 27 ottobre 2005, che hanno chiaramente attribuito a chiunque il diritto – individuale o collettivo – a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni, nonché di trarre beneficio dal bene “cultural heritage”».

¹⁴ Cfr. G. Zagrebelsky, *Fondata sulla cultura: arte, scienza e Costituzione*, Torino, Giapichelli, 2014; dello stesso autore, rileva la recente intervista rilasciata a *Il Fatto quotidiano*, disponibile in: ilfattoquotidiano.it/tag/gustavo-zagrebelsky/. Sul punto, cfr. anche l'art. 12 della Convenzione di Faro («Accesso all'eredità culturale e partecipazione democratica») che

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

lora è altrettanto vero che di essa devono potere godere anche le persone con particolari necessità¹⁵ e che, per assicurare realmente il pieno raggiungimento del suddetto risultato, risulta primariamente necessario garantire a queste persone, tra le altre cose, la piena *accessibilità* ai suddetti edifici di interesse culturale. In altre parole, il soddisfacimento dell'interesse a partecipare alla vita culturale del Paese dipende, concretamente, anche dal previo soddisfacimento dell'interesse ad accedere agli edifici che alla cultura sono correlati¹⁶.

Il principio surriferito riveste una importanza fondamentale nel caso in cui gli interventi debbano essere apprestati dai soggetti pubblici, i quali, ai sensi dei c. 3 e 4 dell'art. 1, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, oltre che assicurare la conservazione del patrimonio culturale¹⁷, devono garantire ai sin-

evidenzia la necessità di «promuovere azioni per migliorare l'accesso all'eredità culturale, in particolare per i giovani e le persone svantaggiate, al fine di aumentare la consapevolezza sul suo valore, sulla necessità di conservarlo e preservarlo e sui benefici che ne possono derivare». In dottrina, anche per altri riferimenti bibliografici, si v. S. Settis, *Il diritto alla cultura nella Costituzione italiana*, Udine, Forum editrice, 2016.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 6 del codice dei beni culturali e del paesaggio, dopotutto, «la valorizzazione consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura».

¹⁶ Senza contare che studi in materia hanno evidenziato come l'arte e le occupazioni creative, veicolo di integrazione (cfr. il programma europeo "Cultura 2000" – decisione n. 508/20-00/CE – istituito per il periodo 1 gennaio 2000-31 dicembre 2006), possano svolgere un ruolo di sussidio nelle terapie cui sottoporre certe persone disabili, poiché agiscono sui circuiti emozionali che, rispetto a quelli cognitivi, restano preservati più a lungo nel decorso della malattia, migliorando l'umore e l'autostima degli individui interessati da tale patologia (ad esempio, rileva, a questo proposito, il progetto realizzato dalla direzione generale in partenariato con la Soprintendenza alla Galleria nazionale di arte moderna e contemporanea di Roma, dedicato a persone con morbo di Alzheimer, che consiste in una serie di visite guidate opportunamente predisposte per i pazienti e i loro accompagnatori).

¹⁷ Ai sensi del c. 3, invero, gli enti territoriali devono anche «sostenere la conservazione» e «assicurare la valorizzazione del patrimonio culturale». Gli altri soggetti pubblici, per la precisione, *ex c. 4*, devono assicurare «la pubblica fruizione del *loro* patrimonio culturale». Ai sensi del c. 5, sui privati proprietari possessori o detentori di beni appartenenti al patrimonio culturale grava il mero obbligo di garantire la conservazione di tali beni: tale obbligo ha la consistenza di un *patti* — un dovere negativo di sopportazione delle conseguenze giuridicamente discendenti dall'esercizio di poteri unilaterali altrui — piuttosto che quella di un vero e proprio obbligo di *facere* (in termini, A. Crosetti e D. Vaiano, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, Giappichelli, 2014, 11 ss.).

goli, tra le altre cose, la possibilità di *fruire* del *patrimonio culturale*¹⁸ (inteso, quale reputazione della Nazione¹⁹, nella sua più ampia accezione).

La questione rileva in particolare, poi, laddove gli enti pubblici in questione siano enti territoriali, posto che questi, in attuazione dell'art. 9 Cost.²⁰ (e prima ancora, dell'art. 3 Cost.), tramite la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale²¹, sono tenuti a promuovere lo sviluppo

¹⁸ “Nel *genus* “patrimonio culturale” s’individuano normalmente due *species*: i beni culturali (storici, artistici, etnoantropologici, archeologici) e quelli paesaggistici e si afferma che «la protezione della libertà comprende sia l’attività sia il suo risultato, tanto il “bene immateriale” opera dell’ingegno; quanto la cosa bene culturale, la conservazione e la fruizione (...)» (R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, cit., 498). Parla di statuto unitario per tutti i beni a valore culturale F. Merusi, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione, Art. 1-12. Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Ed. Foro italiano, 1974, 447. Sulla unitarietà della categoria e sui motivi che hanno indotto a riconoscerla, M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 10. Non è questa la sede per indugiare sull’argomento; basti qui evidenziare che l’espressione *beni culturali* è entrata a far parte del linguaggio giuridico intorno agli anni Sessanta, ad opera della “Commissione Franceschini” istituita con l. 26 aprile 1964, n. 310, su proposta del Ministero della pubblica istruzione; successivamente, è stata riproposta dalla “Commissione Papaldo” insediata il 9 aprile 1968 dal Ministero della pubblica istruzione. Sull’argomento, cfr. L. Casini, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 651.

¹⁹ Cfr. R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, cit., 499, il quale riprende S. Baia Curi e P. Dubini, *La gestione del patrimonio culturale in Italia: la relazione tra tutela e valorizzazione*, Rapporto Ufficio Studi Intesa S. Paolo, 2011, 14.

²⁰ Si tratta di una norma che contribuisce a delineare «il volto della Repubblica» (A.M. Sandulli, *La tutela del paesaggio*, cit., 282). Sull’art. 9, F. Merusi, *Art. 9*, cit., 434 ss.

²¹ Tali enti sono tenuti alla tutela e alla valorizzazione dei beni culturali ai sensi dell’art. 1 del codice dei beni culturali e del paesaggio (alla tutela, essi sono tenuti, invero, prima ancora, ai sensi dell’art. 9, c. 2, Cost.). Le due nozioni, secondo G. Severini, *I principi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 471, anche se sono state riformulate dagli artt. 3 e 6 del codice, hanno un significato corrispondente con quello assunto al momento della loro originaria definizione legislativa (posto dagli artt. 148 ss. d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112). Sulla tutela, cfr. S. Foà, *La tutela dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 473 e ss.; sulla valorizzazione, L. Casini, *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 478 e ss. (dello stesso a., per uno studio del concetto di valorizzazione prima dell’entrata in vigore del codice dei beni culturali e del paesaggio, si veda L. Casini, *La valorizzazione dei beni culturali*, cit. La valorizzazione assume una posizione complementare, ancillare rispetto alla tutela (G. Pastori, *Le funzioni dello Stato in materia di tutela del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 2004; secondo S. Foà, *La tutela dei beni culturali*, cit., «nel nuovo quadro normativo la valorizzazione attiene alla gestione efficiente ed efficace del bene culturale per migliorarne la fruizione ed è posta in un necessario rapporto di subordinazione rispetto alla tutela, che rappresenta al contempo “parametro e limite” per il suo esercizio»).

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

della cultura²², al fine di preservare la memoria della comunità nazionale²³.

Tuttavia, sebbene siano stati predisposti, anche di recente, diversi interventi diretti ad assicurare la partecipazione delle persone disabili alla vita culturale del Paese tramite accesso a questo tipo di “spazi preziosi”²⁴, non sembra che le pubbliche amministrazioni riescano davvero a favorire la *pubblica fruizione* del patrimonio culturale²⁵. È proprio in questo contesto diffi-

²² La Repubblica è tenuta a promuovere lo sviluppo della cultura *ex art.* 9 Cost. Due, in questo senso, sono le anime dell'articolo 9 Cost.: da un lato, esso affida alla Repubblica il compito di promuovere lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica; dall'altro, quello di tutelare il paesaggio e il patrimonio storico artistico della nazione (cfr. M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Commento all'art. 9*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli e V. Caputi Jambrenghi, Torino, Giappichelli, 2005, 30). La promozione dello sviluppo della cultura viene ripresa nell'art. 1, c. 2, del codice dei beni culturali e del paesaggio, a mente del quale tutela e valorizzazione «concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura». Siffatto scopo «muove da una consolidata concezione attiva e promozionale, implicita nella dimensione pubblicistica della culturalità dei beni e nel loro orientamento alla fruizione pubblica» (così, G. Severini, *I principi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 470-471, secondo l'insegnamento di M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 3 e ss.; anche l'art. 6 del codice, invero, dedicato alla valorizzazione, si riferisce alla promozione dello sviluppo della cultura).

²³ Secondo, G. Severini, *I principi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 471, «il riferimento alla valenza identitaria (...) si riferisce ad una costante della tradizione italiana del settore, ma rimasta spesso latente: essa deriva dall'art. 9 Cost., che riferisce la funzione lata di tutela al patrimonio «della Nazione».

²⁴ Così, i generici luoghi di interesse culturale vengono definiti dalle linee guida per il superamento delle barriere architettoniche nei luoghi di interesse culturale, ai sensi del d.m. del 28 marzo 2008.

²⁵ Il superamento delle barriere architettoniche, cognitive e sensoriali ha rappresentato negli ultimi anni uno degli interventi di maggiore spessore messi a frutto dal Ministero dei beni e delle attività culturali e per il turismo, anche attraverso l'istituzione di una Commissione ministeriale che, nel 2008, ha pubblicato le linee guida per il superamento delle barriere architettoniche nei luoghi di interesse culturale. Di recente, proprio per integrare i contenuti di tali linee guida, la Direzione generale musei ha istituito un gruppo di lavoro per la formulazione di provvedimenti inerenti al superamento delle barriere culturali, cognitive e psicosensoriali nei luoghi della cultura di competenza del MIBACT (decreto dirigenziale del 27 giugno 2017). A conclusione dei lavori, il 6 luglio 2018 sono state pubblicate con circolare interna le linee guida per la redazione del piano di eliminazione delle barriere architettoniche (PEBA) nei musei, complessi museali, aree e parchi archeologici. Tra le altre cose, grazie a un progetto curato dalla Soprintendenza per i beni architettonici, paesaggistici, storici, Artistici ed etnoantropologici per le province di Firenze, Pistoia e Prato, nel complesso monumentale delle cappelle medicee di Firenze è stato realizzato un ascensore che collega il piano d'ingresso della cripta al primo piano, dove si trovano le cappelle dei principi e la sagrestia nuova (ed è stata creata una pedana a scomparsa che permette di superare dei gradini ineliminabili, facenti parte della struttura originaria). Ancora, la Soprintendenza per i beni archeologici dell'Etruria

cile, infatti, che intervengono, spesso, il Terzo settore, le realtà associative e gli enti privati, che, più del pubblico, riescono ad immaginare interventi mirati, semplici e anche economici con cui rendere la vita (non solo culturale, invero) delle persone disabili più agevole: si moltiplicano, ad esempio, i progetti italiani di piattaforme online e *app* rivolte ai viaggiatori disabili interessati a conoscere il patrimonio culturale italiano²⁶.

meridionale ha portato avanti un progetto che consente a tutti di visitare la celebre tomba della Pulcella, capolavoro del V sec. a.C. con i suoi pregevoli affreschi, tramite un percorso di accesso facilitato e una postazione multisensoriale con un pannello a leggio con informazioni sulla tomba stessa, ausili per non udenti con traduzione in lingua italiana dei segni (LIS) e supporto audio per non vedenti. Con un progetto curato dalla Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Roma è stata poi realizzata una rampa di dolce pendenza all'area archeologica del Palatino, che permette di superare con facilità una ripida salita, originariamente raccordata da alti gradini.

²⁶ Sul piano internazionale, particolare importanza riveste, sul tema, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, il primo trattato sui diritti umani del XXI secolo, approvato dall'ONU: con la Convenzione, l'importanza dell'accessibilità è riconosciuta tra i punti cardine del Preambolo e tra gli otto principi generali elencati nell'art. 3, par. f., quale possibilità per le persone con disabilità di godere pienamente di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali, tra cui il diritto di partecipare alla vita culturale sancito dall'art. 30, su base di uguaglianza con gli altri e nel rispetto del principio di non discriminazione. Rileva, poi, l'art. 9, che, sancendo il diritto all'accessibilità e sottolineando l'impegno preso da parte degli Stati parti a prendere misure appropriate per assicurarlo alle persone con disabilità, sulla base dell'eguaglianza con gli altri, specifica che esso comprende l'accesso all'ambiente fisico, sociale, economico e culturale, ai trasporti, all'informazione e alla comunicazione, compresi i sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione, e ad altre attrezzature e servizi aperti o forniti al pubblico (tale ampia accezione è stata confermata dal Comitato sui diritti delle persone con disabilità nel Commento generale n. 2/2014 sull'art. 9 (CRPD/C/GC/2, 22 May 2014). Tra gli atti più rilevanti emanati dalle Nazioni Unite, rilevano, poi, in tema di accessibilità, anche delle norme internazionali di indirizzo (Regole standard per il raggiungimento delle pari opportunità per le persone con disabilità – risoluzione n. 48/1996 dell'Assemblea generale dell'ONU del 20 dicembre 1993). La regola 5 "Accessibilità" raccomanda agli Stati di riconoscere l'importanza centrale dell'accessibilità nel processo di realizzazione delle pari opportunità in ogni sfera della vita sociale e, pertanto, di introdurre programmi di azione per rendere accessibili – alle persone con disabilità di ogni tipo – gli ambienti fisici e trovare gli strumenti per rendere accessibili l'informazione e la comunicazione. La regola 10 "Cultura" chiede agli Stati di promuovere l'accessibilità e la disponibilità di spazi per manifestazioni e servizi culturali, come i teatri, i musei, i cinema e le biblioteche per le persone con disabilità. Secondo G. Tucci, *La partecipazione del disabile alla vita sociale*, in *Questione Giustizia*, 2018, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità si ispira non più alla sola idea della protezione del disabile dalle discriminazioni, di cui è stato vittima nei secoli, ma a quella della partecipazione del disabile alla vita sociale e dell'inclusione dello stesso in tutti i rapporti interindividuali come strumento di effettiva salvaguardia dell'equilibrio fisico e psichico dello stesso. Sulla convenzione, cfr. N. Foggetti, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità. La Convenzione delle Nazioni Unite del 13 febbraio 2006*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2009, 104 e ss.; F. Seatzu, *La Convenzione sui*

3. Sulle difficoltà riscontrate dalle persone disabili che vogliono partecipare alla vita culturale del Paese tramite accesso agli edifici culturali (ovvero, degli interventi progettati – e apprestati – in spregio alle disposizioni)

A prescindere da quale sia la natura del soggetto tenuto ad applicare le disposizioni in questione, sul piano pratico, non sembra che, concretamente, il rispetto delle norme positive valga ad assicurare il pieno raggiungimento dello scopo alla cui realizzazione esse sono state predisposte.

Anzitutto, pare che, nell'approntare i dovuti interventi, i progettisti si

diritti delle persone disabili: i principi fondamentali, in *Dir. umani e dir. int.*, 2008, 25 ss.; P. Addis, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2016. Con l. 3 marzo 2009, n. 18, l'Italia ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e il relativo Protocollo opzionale, e pertanto, è obbligata a darvi esecuzione adeguando la propria normativa alle disposizioni convenzionali e adempiendo agli obblighi che la Convenzione prevede in materia di accessibilità. La Convenzione stabilisce, infatti, obblighi giuridici vincolanti per le parti, prevedendo un sistema di monitoraggio nazionale e internazionale per controllare il loro rispetto da parte degli Stati. Sull'accessibilità, cfr. anche la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, all'art. 21 vieta qualsiasi forma di discriminazione e all'art. 26 promuove l'inserimento delle persone disabili, stabilendo che l'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità. Quali norme dell'UE, vincolanti, rilevano, invece, la Strategia del Consiglio d'Europa sui diritti delle persone con disabilità 2017-2023 (in cui l'accessibilità rientra tra le cinque aree prioritarie con un riferimento esplicito agli artt. 9 e 21 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (par. 55 e 57) e la decisione UE n. 2017/864 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 (tra le finalità dell'anno europeo del patrimonio culturale 2018, la decisione UE n. 2017/864 richiama l'art. 30 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e prevede all'art. 2, par. 2, lett. d), di «promuovere soluzioni che rendano il patrimonio culturale accessibile a tutti, anche per mezzo di strumenti digitali, attraverso l'eliminazione delle barriere sociali, culturali e fisiche, tenendo conto delle persone con particolari esigenze»). Rilevano in tema di accessibilità anche degli atti dell'UE, non vincolanti (cfr. Strategia europea sulla disabilità 2010-2020, delineata dalla Commissione europea con comunicazione del 15 novembre 2010, in cui si riconosce che ancora esistono barriere che impediscono alle persone con disabilità di esercitare pienamente i loro diritti fondamentali, in cui è compreso il diritto di prendere pienamente parte alle attività culturali, ricreative e sportive. L'impegno assunto dalla Commissione, pertanto, è di migliorare l'accessibilità di attività, eventi, strutture, beni e servizi culturali). Secondo G. Tucci, *La partecipazione del disabile alla vita sociale*, in *Questione Giustizia*, 2018, «la tutela internazionale e, più genericamente, sovranazionale del disabile registra negli ultimi tempi una notevole accelerazione che conferma, nel settore specifico, l'imperatività globale dei diritti umani, rilevata da un grande studioso dei problemi attuali della giustizia, anche se oggi, proprio nello stesso settore, si manifestano, in termini simmetrici, pericolose tendenze di regressione della coscienza sociale». Cfr. anche N. Foggetti, *La tutela delle persone con disabilità nel diritto internazionale*, Vicalvi, Key editore, 2017.

limitino generalmente a identificare le barriere architettoniche con i meri ostacoli fisici che impediscono alla persona disabile l'ingresso al (e, consequenzialmente, la visita del) luogo di interesse culturale: pare, ad esempio, che, in occasione d'una costruzione, ovvero di una ristrutturazione, ci si limiti a predisporre rampe, ascensori, servoscala, servizi igienici "speciali", *et similia*.

Al contrario, il concetto di barriera architettonica è molto più esteso e articolato di quanto possa apparire a prima vista. Non lo si può leggere in un senso ristretto (e, dunque, non lo si può correlare ai soli disabili con problemi fisici); lo si deve riferire, invece, anche alle persone con *problemi sensoriali*, le quali si scontrano con pericolose barriere percettive, che, sebbene vengano spesso sottovalutate, al pari di quelle "materiali" ostacolano senza alcun dubbio l'accessibilità del disabile all'edificio, quand'anche questi non abbia problemi a livello "fisico"²⁷. In tema di edilizia, dopotutto, sono le norme stesse a considerare espressamente i disabili sensoriali tra quelle persone con particolari necessità di cui occorre tenere conto nel momento in cui si intervenga per garantire l'accesso agli edifici²⁸: la locuzione barriere architettoniche veniva infatti utilizzata per indicare i soli ostacoli fisici esclusivamente nei primi riferimenti normativi; con l'emanazione della l. 9 gennaio 1989, n. 13, e del suo regolamento di attuazione d.m. 14 giugno 1989, n. 236, invece, il significato del termine (ripreso espressamente dal d.P.R. 24 luglio 1996, n. 503, per quanto attiene agli edifici pubblici²⁹) è stato notevolmente ampliato³⁰. Eppure, scarseggiano, tra le altre cose, accorgimenti e segnalazioni che permettano l'orientamento e la riconoscibilità dei luoghi e delle fonti di pericolo anche per i non vedenti, per gli ipovedenti e per i sordi: ad esempio, mancano, in corrispondenza degli ascensori, idonei accorgimenti per la loro riconoscibilità da parte delle persone con disabilità visive ed ulteriori dispositivi per consen-

²⁷ Anche le linee guida redatte dal MIBACT nel 2008 *supra* citate danno conto di questo problema pratico.

²⁸ L'accessibilità agli edifici da parte delle persone con una capacità deambulatoria ridotta o assente, oppure con deficit sensoriali, non è stata considerata problematica per molto tempo. Sul punto, M.G. Bernardini, *Universal design, for example. Diritto, architettura e il soggetto a-vitruviano*, in *The Cardoso Electronic Law Bulletin*, 2017, 10.

²⁹ Cfr. art. 1, d.P.R. n. 503/1996.

³⁰ Le "barriere architettoniche" sono quindi state definite, all'art. 2, d.m. n. 236/1989, come «1. gli ostacoli fisici che sono fonte di disagio per la mobilità di chiunque ed in particolare di coloro che, per qualsiasi causa, hanno una capacità motoria ridotta o impedita in forma permanente o temporanea; 2. gli ostacoli che limitano o impediscono a chiunque la comoda e sicura utilizzazione di parti, attrezzature o componenti; 3. la mancanza di accorgimenti e segnalazioni che permettono l'orientamento e la riconoscibilità dei luoghi e delle fonti di pericolo per chiunque e in particolare per i non vedenti, per gli ipovedenti e per i sordi».

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

tirne l'uso sicuro da parte di persone con disabilità uditive³¹. Pertanto, devono consequenzialmente ritenersi non conformi alle leggi dello Stato tutte quelle azioni che, apprestate, non soddisfino appieno “le richieste” avanzate a monte dal legislatore. Invero, occorre rilevare che sotto lo specifico profilo dell'orientamento, non esistono, allo stato attuale, precisi riferimenti normativi; è per questo, forse, che tale aspetto viene spesso sottovalutato³².

Al di là dell'accesso all'edificio e del movimento all'interno di questo, i disabili sensoriali incontrano poi dei problemi pratici insuperabili anche nel momento in cui vogliano concretamente fruire dei beni culturali (quadri, statue, volumi, ecc.) che si trovino in esso.

Difficilmente vengono apprestati meccanismi che consentano loro di prendere contezza della cultura che popola l'edificio (museo, biblioteca, ecc.). Eppure, dato anche il progresso tecnologico intervenuto negli anni, i mezzi per potere agire in questo senso sarebbero davvero i più svariati; ad esempio, con riferimento alle statue nei musei, potrebbero essere allestiti percorsi tattili che permettano ai videolesi, guidati dal personale museale opportunamente preparato, di esplorare, indossando guanti in lattice, le opere originali custodite all'interno degli spazi espositivi. Senza considerare che, per quanto concerne i beni librari, si potrebbe lavorare per assicurare la più ampia consultazione dei testi scritti anche alle persone con difficoltà visive³³.

³¹ B. Marziale, *Sordità: una disabilità in diverse prospettive. La lingua dei segni come strumento di cittadinanza*, in *Questione Giustizia*, 2018.

³² Come precisato nelle succitate linee guida del 2008 (19), l'orientamento va inteso non solo come la capacità soggettiva di conoscere la propria collocazione nell'ambiente, sia in senso assoluto sia rispetto al punto di partenza e a quello d'arrivo, ma anche come esperienza «intimamente legata al senso di benessere», in quanto coinvolgente aspetti cognitivo-percettivi nonché emotivi. Un processo, quindi, di raccolta ed elaborazione delle informazioni sensoriali provenienti dall'ambiente e dal proprio corpo, importante per chiunque. Nelle stesse linee guida (20), si riportano quali esempi di punti di riferimento per favorire l'orientamento: una cabina per l'attesa degli autobus (indizio tattile, rilevabile attraverso il bastone, e acustico, rilevabile attraverso la riflessione del suono), la pendenza di una rampa (indizio vestibolare), una fontana (indizio acustico), un bar o ristorante (indizio acustico e olfattivo), una sala proiezioni (indizio acustico), ecc. (cfr. decreto del MIBACT del 10 maggio 2001 «Atto di Indirizzo sui criteri tecnico-scientifici e sugli standard di funzionamento e sviluppo dei musei» (art. 150, c. 6, d.l. n. 112/1998), che, nella parte dedicata alle «Dotazioni fisse e servizi primari», affronta il tema dell'orientamento del visitatore, da attuare attraverso un'adeguata segnaletica, posizionata anche all'esterno, lungo i principali percorsi viari e alle fermate dei mezzi pubblici. La segnaletica interna, finalizzata all'orientamento della visita, deve indicare la mappa del sito e i servizi (bagni, aree di sosta, bookshop, caffetteria). Al punto 1.3 di questa parte si afferma un importante principio: «è appena il caso di raccomandare che, ove si profili un conflitto tra i valori estetici dell'allestimento e la chiarezza della comunicazione, si tenda a privilegiare quest'ultima».

³³ Rileva, a questo proposito, il trattato di Marrakech, ratificato dal Parlamento eu-

Rileva, quale esempio positivo sul tema nell'ambito della prospettiva museale³⁴, l'esperienza del Museo Medma di Rosarno, nato nel 2014 quasi come "costola" del Museo di Reggio Calabria, che è divenuto un piccolo polo di sperimentazione per l'accessibilità sensoriale, in particolare per le persone cieche e ipovedenti: le sue tre sale sono state munite di percorso podotattile, mentre all'ingresso è stata installata una pianta del museo in rilievo; nelle sale al piano superiore, raggiungibili tramite un ascensore, sono state installate due postazioni con la riproduzione di alcuni reperti da toccare; le tecnologie in dotazione alle basi su cui poggiano i reperti, inoltre, consentono di ascoltare anche un voce che descrive la parte del pezzo che si sta toccando. Anche il Museo Archeologico di Reggio Calabria (MARRC) dimostra di essere particolarmente all'avanguardia, sul punto: esso, per riprendere la targa che sul suo ingresso è stata posta, "parla lis", nel senso che è dotato di particolare e numerosa tecnologia posta al servizio dei visitatori sordi. In concreto, accanto alle teche dei reperti, vi sono piattaforme digitali e tablet con la video-guida lis, che rendono fruibili tutte le sale della struttura, dal primo all'ultimo piano, grazie ad un sistema gratuito, semplice e intuitivo³⁵.

La questione consente di operare una differenza tra l'*accessibilità* e la

ropeo a luglio 2017, che stabilisce una serie di norme internazionali che garantiscono la presenza di limitazioni o eccezioni alle norme in materia di diritto d'autore a beneficio delle persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa (e che consente inoltre lo scambio transfrontaliero di copie di opere pubblicate realizzate in formato accessibile).

³⁴ Relativamente all'ambito specifico dei musei, il tema della fruizione intesa in senso ampliato è stato affrontato dal MIBACT con il d.m. del 20 maggio 2001 «Atto di Indirizzo sui criteri tecnico-scientifici e sugli standard di funzionamento e sviluppo dei musei», ove si rinnova l'obbligo per ogni museo, anche nel rispetto della normativa vigente, a dedicare impegno e risorse affinché l'accesso al museo sia garantito a tutte le categorie di visitatori/utenti dei servizi, rimuovendo barriere architettoniche e ostacoli di ogni genere che possano impedirne o limitarne la fruizione a tutti i livelli. Nel d.m. si precisa che «al dovere della conservazione del proprio patrimonio, garantendo tutti gli standard di sicurezza necessari, ogni museo affianca la missione della fruibilità degli ambienti a varie e diversificate fasce di utenti» e che «la possibilità di godere delle sale espositive e delle collezioni rappresenta un aspetto fondamentale e integrante della stessa ragion d'essere di ogni luogo della cultura». Rileva, in quest'ottica, anche se in termini generici e non legati alla disabilità, la pubblicazione, avvenuta nel 2015, delle linee guida per la comunicazione nei musei (segnaletica interna, didascalie e pannelli), redatte a cura della Direzione generale musei. Il testo affronta il tema della progettazione degli apparati di comunicazione quali strumenti chiave per rafforzare il legame tra un numero più ampio di persone e il patrimonio culturale.

³⁵ In genere, sarebbe più opportuno agire sui "musei tradizionali", al fine di renderli adatti a tutti, piuttosto che alimentare le differenze procedendo con la creazione di "musei speciali" (in Italia esistono due importanti musei, accessibili comunque a tutti, ma nati per un pubblico di persone con minorazioni visive: l'Anteros a Bologna e l'Omero ad Ancona).

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

fruibilità, posto che la seconda, sebbene passi per la prima (nel senso che un edificio, per essere davvero direttamente fruibile, deve essere, prima ancora, accessibile) non coincide con essa e abbisogna spesso di qualcosa in più, per potere effettivamente sussistere. I due termini, dunque, non possono essere considerati quali sinonimi; il tema è particolarmente importante soprattutto laddove si consideri l'ipotesi in cui l'accessibilità (intesa nel senso di cui alla definizione normativa suddetta, dunque qualificabile come "diretta") non sia concretamente assicurabile (si veda il caso di edifici di interesse culturale vincolati, su cui *infra*): in questo caso, ad esempio, qualora si tratti di edifici pubblici, resta valido quanto disposto dall'art. 2 del codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi del quale essi sono destinati alla "fruizione della collettività": andrebbero pertanto apprestati dei meccanismi sostitutivi atti ad assicurare quantomeno una accessibilità "indiretta" all'edificio invalidabile (postazioni multimediali, telecamere in presa diretta, modelli tridimensionali, ecc.). Tuttavia, dalla ricerca effettuata emerge che difficilmente vengono predisposte delle *adequate misure compensative* di questo tipo, che al contrario permetterebbero comunque, seppur in forma indiretta, la conoscenza e la valorizzazione degli edifici vincolati.

Più in generale, sembra, inoltre, che il più delle volte ci si limiti a considerare i soli ostacoli architettonici all'ingresso e non ci si preoccupi, invece, di garantire una effettiva partecipazione della persona disabile alla vita culturale del Paese, una volta che questa sia riuscita ad accedere al luogo di interesse culturale: i box informazioni e le didascalie descrittive delle opere, ad esempio, sono troppo alti per potere essere raggiunti/lette dalle persone che si muovono su una sedia a due ruote. Il problema, in altre parole, è che l'edificio, benché valicabile, resta in sostanza inaccessibile, ovvero concretamente non fruibile al suo interno, per via di corridoi, disimpegni, sale, servizi igienici, arredi e attrezzature che non consentono alla persona disabile di muoversi liberamente/autonomamente (a titolo esemplificativo, si pensi alle sale lettura degli edifici di interesse culturale adibiti a biblioteche: in esse mancano, spesso, delle postazioni che siano utilizzabili anche dall'uomo "a-vitruviano").

Succede spesso, inoltre, che un edificio di interesse culturale, astrattamente accessibile, non lo sia, poi, in sostanza, per mancanza di manutenzione: vari sono i casi in cui gli strumenti pensati per – e astrattamente utili a – superare le difficoltà incontrate dalle persone disabili siano concretamente inutilizzabili perché guasti (si consideri a titolo esemplificativo il caso di un ascensore interno atto ad assicurare la piena fruibilità dell'intero edificio).

Infine, occorre considerare che non risulta quasi mai assicurata la *visibilità* dell'edificio culturale non completamente accessibile, intesa dal diritto

positivo quale possibilità, anche da parte di persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale, di accedere agli spazi di relazione e ad almeno un servizio igienico di ogni unità immobiliare³⁶: eppure, essa, richiedendo interventi più mirati e meno invasivi, sarebbe sicuramente più compatibile con certe situazioni particolari (tipiche, ad esempio, di immobili particolarmente stratificati e articolati).

4. Accessibilità agli edifici culturali e interesse alla conservazione dei beni sottoposti a vincolo storico-artistico: il caso degli edifici privati

Il diritto ad accedere agli edifici culturali trova un limite nell'interesse pubblico alla conservazione del bene vincolato per motivi storico-artistici?

Il tema (e così iniziamo a percorrere il secondo sentiero) è particolarmente sentito nell'ambito dell'edilizia privata, laddove gli interventi siano richiesti da chi debba accedere ad appartamenti siti in complessi condominiali vincolati: copiosa la giurisprudenza amministrativa che, anche negli ultimi anni, si è pronunciata sull'argomento, adita da chi aveva contestato la legittimità di un diniego opposto dalla competente Soprintendenza alla sua richiesta di adeguamento del bene tramite installazione di un ascensore³⁷.

³⁶ Cfr. art. 2, lett. h), d.P.R. n. 236/1989. Sono spazi di relazione gli spazi di soggiorno o pranzo dell'alloggio e quelli dei luoghi di lavoro, servizio ed incontro, nei quali il cittadino entra in rapporto con la funzione ivi svolta.

³⁷ Secondo la costante giurisprudenza, «l'installazione di un ascensore rientra fra le opere dirette ad eliminare le barriere architettoniche, di cui all'art. 27, c. 1, l. 3 marzo 1971, n. 118, e all'art. 1, c. 1, d.P.R. 27 aprile 1978, n. 384 [...]» (Cass., sez. II, 27 dicembre 2011, n. 28920; sul punto, cfr. anche Cass., sez. VI, 9 marzo 2017, n. 6129; Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n. 102; Cass., sez. II, 20 aprile 2005, n. 8286; Cass., sez. II, 29 luglio 2004, n. 14384). I lavori di installazione di ascensori risultano pienamente riconducibili agli interventi di rimozione di barriere architettoniche, essendo l'impianto idoneo a rimuovere l'ostacolo costituito dalle scale dei palazzi a più piani, «non affrontabili in assoluto da soggetti deambulanti con sussidi ortopedici» o con «ridotte capacità di compiere sforzi fisici». Ciò anche quando l'installazione dell'ascensore non abbia totalmente eliminato gli ostacoli impeditivi, ma solo migliorato la fruibilità dell'immobile. È irrilevante la circostanza che la quota di prima fermata dell'ascensore coincida con il piano rialzato e mai con il piano terreno dell'edificio (mantenendo in tal modo ulteriori rampe di alcuni scalini non superabili autonomamente da persone disabili) in quanto né la l. n. 13/1989 né le relative norme di attuazione del d.m. n. 236/1989 impongono la "totale" rimozione delle barriere. Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2014, n. 1032 (che conferma peraltro l'orientamento di primo grado del TAR Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 14 maggio 2007, n. 4347). La giurisprudenza ha chiarito che sono opere di «eliminazione delle barriere architettoniche» solo quelle tecnicamente necessarie a garan-

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

Sembra che, generalmente, si tenda *ex ante* a reputare che l'interesse a ottenere l'abbattimento delle barriere architettoniche non possa essere soddisfatto laddove l'intervento atto a garantirlo sia da apprestare su di edifici di interesse storico-artistico; sembra, cioè, che l'interesse pubblico alla conservazione del bene vincolato venga considerato sicuramente destinato a prevalere, *ex se*, su quello vantato dalle persone con particolari necessità ad accedere liberamente agli edifici tutelati.

Tuttavia, non esiste una aprioristica incompatibilità tra i suddetti interessi³⁸. È errato, quindi, ritenere che l'interesse alla conservazione del bene culturale (di cui è depositaria l'amministrazione deputata alla tutela degli edifici sottoposti a vincolo, cui va concretamente presentato il progetto di intervento redatto secondo le prescrizioni di legge) sia un interesse destinato a prevalere sempre su quello all'accessibilità. Esso, al contrario, è un interesse che può anche recedere, laddove si accerti che, in concreto, non sussistano limiti all'applicazione delle regole (predisposte dall'ordinamento) dirette al soddisfacimento del diritto delle persone disabili a ottenere l'eliminazione delle barriere architettoniche.

Infatti, se è vero che la tutela del patrimonio storico e artistico è stata innalzata a principio fondamentale della Costituzione (art. 9 Cost.) e che «i cataloghi di principi fondamentali che da quasi un secolo aprono le costituzioni contemporanee hanno l'essenziale funzione di sottrarre il loro oggetto, per l'importanza definitiva che riveste per l'interesse generale, alla disponibilità delle contingenti maggioranze politiche come all'alea delle continue comparazioni con altri interessi», è altrettanto vero che il rilievo costituzionale di un interesse non ne determina la prevalenza assoluta e incondizionata, ma comporta la necessità che tale interesse sia sempre preso in considerazione nei possibili bilanciamenti compiuti dal legislatore (o dalle pubbliche amministrazioni)³⁹.

tire l'accessibilità, l'adattabilità e la "visitabilità" degli edifici privati e non quelle dirette alla migliore fruibilità dell'edificio e alla maggior comodità dei residenti (TAR Campania, Salerno, sez. II, 19 aprile 2013, n. 952; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 24 febbraio 2012, n. 87; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 8 novembre 2011, n. 526) e che l'intervento innovativo è legittimo a condizione che sia idoneo, anche se non ad eliminare del tutto, quantomeno ad attenuare sensibilmente le condizioni di disagio nella fruizione del bene primario dell'abitazione (cfr. Cass., sez. II, 12 aprile 2018, n. 9101).

³⁸ Recentemente, tra le tante, cfr. Cass., sez. II, 12 aprile 2018, n. 9101. Prima ancora, Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 543.

³⁹ Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196. In effetti, risulta difficile «pensare ad una legge, o ad una teoria che voglia tutelare il monumento e non le persone, ad una cultura che prescindendo dall'uso nel senso più ampio del termine» (A. Bellini, *La pura contemplazione non appartiene all'architettura*, in *Tema*, 1998, 2): è insomma impossibile credere che due valori

Volendo riprendere gli studi intervenuti sul tema nel settore dell'architettura, dunque, si può affermare che, pacificamente accantonata la tesi del Croce – il cui pensiero si esprime compiutamente nella formula «l'arte per l'arte» – va concretamente sposata, oggi, quella del Bellini, secondo cui un bene non è tale se non è fruibile⁴⁰.

Sono le stesse norme, dopotutto, a confermare questa asserzione: ci si riferisce, in particolare, agli artt. 4 e 5 della legge n. 13 del 1989, i quali, nel momento in cui regolano, sul piano procedurale, il caso in cui l'interesse tutelato dall'intervento da apprestare per il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati possa scontrarsi con valori storicamente e/o artisticamente rilevanti e tanto forti da dovere essere tutelati da una amministrazione posta dall'ordinamento a garanzia della loro tutela, riconoscono, indirettamente, che l'intervento diretto al superamento degli ostacoli possa/debba essere apprestato anche su edifici sottoposti a vincolo⁴¹.

E anzi, sembra che, per come le disposizioni sul tema sono state “strutturate”, i termini della questione possano addirittura essere “capovolti”:

Pare, cioè, che il legislatore, pur escludendo la assoluta «vigenza di un principio di superabilità e derogabilità assoluta e automatica dei vincoli posti sugli immobili per finalità di tutela storico culturale (...)»⁴², abbia *ex ante*

fondamentali da salvaguardare, come quello della tutela delle testimonianze storico-artistiche presenti in un edificio e quello della sua fruibilità, siano necessariamente incompatibili.

⁴⁰ A. Bellini, *La pura contemplazione non appartiene all'architettura*, cit., 2). «L'arte [...] non può essere tale in sé, ma esiste solo se “appartiene”, cioè è fruita dall'uomo [...]. Ogni ostacolo che si frappone tra l'uomo e l'arte, che in qualche modo ne impedisce la fruizione o nel limita il campo di relazione, o la “zona di esperienza” [...], è negazione dell'arte stessa e dei principi che presiedono una corretta pratica di salvaguardia» (G.P. Treccani, *Barriere architettoniche e tutela del costruito*, in *TeMA*, 9 e ss.). Sul punto, cfr. anche C. Chenis, *I beni culturali: tipologia e geografia in I beni culturali: un nuovo approccio alla Storia della Chiesa. Atti del II forum dell'Associazione Italiana dei Professori di Storia della Chiesa*, fascicolo monografico del Notiziario dell'Ufficio nazionale beni culturali ecclesiastici, 2003, 1, secondo cui «i beni culturali sin dalla loro creazione non sussistono per se stessi, ma sono uno strumento formativo posto al servizio della collettività, e sono patrimonio dell'intera umanità. Essi sono l'elemento materiale che esprime il *fabbricare* dell'uomo che genera cultura. Non possono essere considerati isolatamente dal complesso a cui appartengono e devono perciò subordinarsi alla promozione personale e all'azione sociale. Entrano pertanto nel bagaglio storico di un popolo, per cui, in quanto *bene*, sono parte della sua azione di autodeterminazione».

⁴¹ Nello stesso senso, A. Arengi, *Venezia, accessibilità ai ponti*, cit., 92.

⁴² In questo senso, TAR Campania, Napoli, sez. IV, 15 settembre 2011, n. 4402; TAR Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 28 settembre 2011, n. 7597; TAR Umbria, sez. I, 17 gennaio 2000, n. 17. Le norme riconoscono, infatti, che l'eliminazione delle barriere architettoniche, benché rappresenti certamente un obiettivo meritevole della normativa edilizia, perché diretto

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

– legittimamente⁴³ – considerato l'interesse alla conservazione del patrimonio vincolato di regola *recessivo* di fronte all'interesse all'accessibilità (*recte*, di fronte alla «garanzia della dignità della persona e del diritto alla salute (artt. 2, 3 e 32)»⁴⁴, stabilendo che esso possa prevalere soltanto in casi del tutto eccezionali (laddove, cioè, l'intervento obbligatorio da apprestare possa arrecare un pregiudizio serio al bene immobile oggetto di tutela)⁴⁵.

4.1. (segue) *Il potere autorizzatorio della Soprintendenza*

Concretamente, l'apprestamento di certi interventi sui beni vincolati può ledere le peculiarità materiche e formali che di esso si vogliono salvaguardare; ma, in questo senso, assumerà una certa importanza, da un parte, la creatività del progettista, il quale potrà realizzare un progetto di intervento proponendo l'apprestamento di “soluzioni alternative”, diverse da quelle “minime” previste dalla legge⁴⁶; dall'altra, il ruolo svolto dall'autorità

a migliorare concretamente la qualità della vita delle persone con particolari necessità, può confliggere con l'altrettanto meritevole necessità di tutelare il patrimonio artistico e culturale della Nazione (Cons. St., sez.VI, 7 marzo 2016, n. 905, punto 15 e Cons. St., sez.VI, 12 febbraio 2014, n. 682, punto 3).

⁴³ Sul fatto che i valori primari possano essere bilanciati dal legislatore ordinario, cfr. G. Sciuillo, “*Interessi differenziati*” e *procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 83 ss.; A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali II-2*, Milano, Giuffrè, 2008, 185 e ss.

⁴⁴ Cfr. G. Sciuillo, *A proposito delle valutazioni di compatibilità rispetto a vincoli storico-artistici e paesaggistici*, in *Aedon*, 2018. C. cost., 4 luglio 2008, n. 251, punto 11; TAR Sicilia, Palermo, 4 febbraio 2011, n. 218; F. Pellizzer, *Commento agli artt. 4-6 della legge 9 gennaio 1989, n. 3*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 1991, 356 e M. Brocca, *Barriere architettoniche e beni culturali: interessi a confronto*, in *Urb. App.*, 2007, 11.

⁴⁵ «È certo che il legislatore ha esplicitamente ammesso il sacrificio dell'interesse insito nei beni vincolati allorché lo richiedano esigenze di protezione di soggetti con disabilità» (Cfr. G. Sciuillo, *A proposito delle valutazioni di compatibilità rispetto a vincoli storico-artistici e paesaggistici*, cit.). Secondo Cons. St., sez.VI, 18 ottobre 2017, n. 4824, la legge, nelle disposizioni in commento, «afferma la prevalenza dell'interesse alla protezione della persona svantaggiata di fronte alla tutela del patrimonio artistico, interesse che può soccombere solo in casi eccezionali»; il Collegio precisa che è proprio «da tale prevalenza» che «deriva per l'Amministrazione un onere motivazionale particolarmente intenso circa il serio pregiudizio per il bene storico-artistico derivante dall'intervento di eliminazione delle barriere architettoniche» (sull'onere motivazionale rafforzato, cfr. *infra*). Nello stesso senso, TAR Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 25 luglio 2017, n. 8928; Id., sez. II-*quater*, 2 marzo 2018 n. 2343.

⁴⁶ Tale possibilità, sia per gli edifici privati che per quelli pubblici, è prevista espressamente dalla legge (cfr. art. 7.2 del d.m. n. 236/1989, per quanto attiene agli edifici privati, e art. 19, c. 5, d.P.R. n. 503/1996 per quanto riguarda gli edifici pubblici). «La soluzione alternativa deve essere migliorativa rispetto a quanto prospettato dal d.m. n. 236/1989, e ciò costituisce una sfida quando

preposta alla tutela del vincolo, cui è espressamente demandato, dal diritto positivo di cui s'è dato conto *supra*, il compito di verificare che l'intervento progettato (secondo le norme di legge, ovvero con proposte di soluzioni alternative) sia davvero compatibile con le – tutelate – caratteristiche storiche dell'edificio su cui occorre intervenire (e che, dunque, non ricorra una eccezione atta a sovvertire, in concreto, la suesposta regola)⁴⁷.

Nel caso degli edifici privati, la motivazione di un diniego presuppone un livello di pregiudizio più elevato rispetto a quello generalmente previsto dall'art. 20, c. 1, d.lgs. n. 42/2004 (cui deve attenersi l'autorità di tutela tenuta ad autorizzare un intervento ai sensi dell'art. 21 dello stesso codice): la Soprintendenza, ricevuto il progetto di intervento, può concretamente negare l'autorizzazione a intervenire sul bene vincolato laddove accerti che

si opera in contesti storici»: così, A. Arengi, *Accessibilità agli edifici storici e vincolati*, cit., il quale specifica che «il progettista ha il compito di concepire una soluzione che contemperi la salvaguardia dei messaggi testimoniali in esso racchiusi, la conservazione della materia della fabbrica perché unica ed irripetibile, l'adeguamento alle attuali esigenze prestazionali sia per una piena e sicura fruibilità del bene da parte di tutti, sia per una preservazione del bene stesso» (A. Arengi, *Gli apparecchi elevatori. Criteri di scelta, nuove proposte e stato della normativa*, in *T&Ma*, 1998, 52). «Intervenire su un edificio storico», continua l'a. «diventa quindi particolarmente impegnativo e presuppone che il progettista non solo conosca la storia, i materiali e le tecniche costruttive dell'architettura su cui interviene, ma che sia anche aggiornato circa le metodologie e le tecnologie moderne, che sappia correlare le diverse normative attualmente in vigore in tema di abbattimento delle barriere architettoniche, di salvaguardia del valore storico-artistico dell'immobile e di sicurezza, che si riferisca a una 'utenza reale' (consapevole anche del fatto che soluzioni a favore di un tipo di disabilità possono a volte diventare ostacolo per altri tipi di disabilità) e abbia ben presente la destinazione d'uso. Il progetto diventa quindi un'operazione di sintesi, non standardizzato o definito a priori, ma calato di volta in volta nel contesto specifico, in cui tutte le componenti in gioco, barriere architettoniche comprese, devono venire accuratamente valutate e studiate fin dall'inizio, dal momento in cui si organizzano gli spazi e si scelgono le funzioni da attribuire all'edificio».

⁴⁷ Gli atti autorizzatori rilasciati dalla Soprintendenza si ritiene che, afferendo al *genus* dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, siano assoggettati al termine di diciotto mesi, di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 (in questo stesso senso, G. Sciallo, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, in *Aedon*, 2015). Sulla nozione "ampia" di atto autorizzativo, ovvero attributivo di vantaggio economico, cfr. M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 99 ss.; si condividono, perciò, le posizioni espresse da M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *Persona e amministrazione*, 2017, 202, secondo cui questa soluzione è in sintonia con la nozione europea di autorizzazione, «che comprende le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze approvazioni o concessioni, ma anche l'obbligo, per potere esercitare l'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato con un organismo o di ottenere una tessera professionale» (considerando 39, dir. 2006/123/Ce del 12 dicembre 2006, c.d. direttiva servizi). In senso restrittivo, invece, G. La Rosa, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. n. 164/2014*, in *Dir. econ.*, 2015, 588 e ss.

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

l'attività edile da porre in essere andrebbe ad arrecare un pregiudizio "serio" al bene oggetto di tutela (art. 4, c. 4, l. n. 13/1989). A essa spetta quindi il delicato compito di dar corso, in concreto, al collegamento delle disposizioni di tutela del codice con quelle della legislazione in tema di contrasto delle barriere architettoniche⁴⁸ e di valutare, in questi casi, non l'"esistenza" del pregiudizio eventuale che il bene tutelato potrebbe subire per effetto dell'intervento edilizio progettato, ma la sua "rilevanza".

Per effetto delle indicate disposizioni, dunque, tenuto conto del rilievo sociale che assumono le opere necessarie ad eliminare le barriere architettoniche, l'amministrazione adita può in sostanza consentire l'alterazione di un bene culturale vincolato che, altrimenti, non potrebbe essere alterato⁴⁹.

La risposta deve pervenire nei centoventi giorni successivi alla presentazione della richiesta e la mancata pronuncia sull'istanza di autorizzazione in questo termine di legge equivale ad assenso⁵⁰: si tratta di una ipotesi di

⁴⁸ Cfr. Cons. St., n. 682/2014.

⁴⁹ È per questo che la giurisprudenza ha precisato che il livello del «serio pregiudizio» per il diniego di autorizzazione è richiesto soltanto quando si tratta di equiparare con nuove opere l'accessibilità delle persone con disabilità a quella, già materialmente esistente, delle persone senza disabilità. Non già per innalzare, con innovazioni – per caratteri, funzionalità e dimensioni – essenzialmente di uso generale, il livello materiale di accessibilità di entrambe. In un siffatto caso il livello del diniego rimane quello ordinario della mera non compatibilità, posto che il riferimento all'accessibilità dei disabili non può essere utilizzato a pretesto per eludere e superare la soglia ordinaria di valutazione TRGA Bolzano, 31 agosto 2018, n. 264

⁵⁰ Interessante, in questo senso, Cons. St., n. 1032/2014: nella pronuncia si dà conto dell'assenso formatosi in costanza d'una istanza presentata ai sensi degli artt. 4 e 5, l. n. 39/1989. La sentenza, intervenuta prima della legge Madia, precisa che, dopo la maturazione del silenzio assenso, la pubblica amministrazione può solo ricorrere all'esercizio della potestà di autotutela. Sul punto, si v. la ricostruzione del contrasto operata da G. Mari, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 175 ss.; sia consentito inoltre rimandare a N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 126, nota 36, e alla bibliografia ivi richiamata. Cfr. Cons. St., n. 1032/2014, che qualifica come «perentorio» il termine di centoventi giorni e afferma che «la formulazione della norma, che prevede [...] l'assenso con prescrizioni o il diniego motivato ma solo in presenza di serio pregiudizio del bene tutelato, rende realmente marginale la possibilità di sospendere il termine perentorio in questione, se non nell'ipotesi eccezionale di istanza gravemente incompleta e inadatta a consentire l'avvio di qualsiasi istruttoria». Sulla istanza inadatta a consentire l'avvio di qualsiasi istruttoria, se si vuole, N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, cit., 167 ss. TAR Lazio, Roma, sez. II quater, 14 maggio 2007, n. 4347, n. 4347/2007, ha sul punto rilevato che «l'istituto del silenzio assenso per gli interventi volti a superare le barriere architettoniche trova applicazione anche nei riguardi di immobili oggetto di vincolo storico-artistico, in virtù dell'esplicito richiamo al comma 2 dell'art. 4 effettuato dall'art. 5 della legge n. 13/1989. [...] Il problema del coordinamento tra

silenzio-assenso in tema di patrimonio culturale che, non apparendo affatto coerente con quanto disposto dall'art. 20, c. 4, l. 7 agosto 1990, n. 241, potrebbe essere considerata incompatibile col dettato costituzionale⁵¹.

A questo proposito, occorre evidenziare che il serio pregiudizio legittimante l'esercizio negativo del potere autorizzativo non va inteso come danneggiamento fisico dell'immobile, bensì come rischio di nocumento per il valore tutelato con il vincolo⁵²; esso (che ben può riguardare solo singoli

le norme generali che impongono la previa autorizzazione per le modifiche sugli immobili oggetto di vincolo storico-artistico e la normativa speciale volta ad agevolare l'autonomia di movimento dei soggetti disabili è stato perciò risolto, a monte, dal legislatore, estendendo l'istituto di semplificazione in esame ai procedimenti autorizzatori delle opere di rimozione delle barriere architettoniche, sicché le relative previsioni, in quanto *lex specialis*, prevalgono rispetto all'ordinaria disciplina dettata in via generale a tutela degli immobili di elevato pregio culturale».

⁵¹ Cfr. G. Sciuolo, *A proposito delle valutazioni di compatibilità rispetto a vincoli storico-artistici e paesaggistici*, cit., il quale evidenzia che «detta previsione (da porsi presumibilmente in rapporto con il particolare interesse sociale che ha inteso soddisfare), a quanto consta, non è stata fatta oggetto, nei non pochi anni della sua vigenza, né di questioni di legittimità costituzionale né di rilievi critici da quanti hanno espresso contrarietà all'istituto del silenzio assenso in tema di patrimonio culturale». Sul rapporto tra silenzio assenso e interessi sensibili, cfr. Id., *Gli interessi sensibili in recenti prese di posizione del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 56 ss. Com'è noto, recentemente, il Consiglio di Stato ha rilevato che dalla giurisprudenza costituzionale non è evincibile un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso ed interessi pubblici sensibili, posto che essa si limita a «esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale, sancendo la preclusione per il legislatore regionale di introdurre ipotesi di silenzio assenso ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge nei procedimenti diretti alla tutela di interessi sensibili» (Cons. St., comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640; Cons. St., ad. plen., 27 luglio 2016, n. 17). Per una critica a questa impostazione, cfr. G. Mari, *L'obbligo di provvedere*, cit., 178 e ss., che richiama, nelle riflessioni, G. Sciuolo, *"Interessi differenziati" e procedimento amministrativo*, in *giustamm.it*, 2016.

⁵² Nel decidere, l'amministrazione deve evidentemente tener conto di quell'autorevole orientamento giurisprudenziale che, per quanto attiene alla portata del vincolo, esclude la possibilità di circoscrivere l'efficacia del vincolo storico-artistico alle sole parti di un edificio che siano specificamente individuate nel decreto impositivo e ritiene al contrario che le imposizioni riguardino l'immobile nella sua globalità. Pertanto, «il fatto che la motivazione del decreto impositivo del vincolo faccia specifico e prevalente riferimento ad alcune caratteristiche esterne dell'edificio, non è di per sé sufficiente per ritenere che il vincolo sia circoscritto alle sole parti esterne (e, segnatamente, a quelle testualmente evidenziate nella motivazione del citato decreto) e non si estenda, invece, anche alle parti interne, e a parti esterne diverse da quelle specificamente considerate. In altri termini, non si può ritenere che l'ambito oggettivo di estensione del vincolo debba ricavarsi esclusivamente dalla sua motivazione. Ciò perché, in sede di motivazione, l'amministrazione può limitarsi a menzionare, anche a titolo esemplificativo, soltanto alcuni degli elementi caratteristici da cui può desumersi il particolare valore storico – artistico del relativo immobile, inteso nel suo insieme. Diversamente opinando, si giungerebbe al paradosso di dover descrivere analiticamente, nel provvedimento

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

elementi dell'immobile, componenti della complessiva connotazione storico-artistica che è a base della qualificazione di bene culturale⁵³) si può rintracciare nel caso in cui l'intervento progettato, se assentito, comporterebbe una "chiara e sicura" menomazione del *pregio culturale* dell'edificio⁵⁴.

Dalla lettura delle norme, emerge che il legislatore non fa assurgere la circostanza dell'impossibilità di soluzioni alternative a criterio determinante rispetto al rilascio dell'autorizzazione (l'inesistenza di soluzioni alternative, cioè, non può indirizzare in modo differente la scelta negativa)⁵⁵. Tuttavia, laddove l'istante abbia prospettato delle soluzioni alternative, esse

di vincolo, il particolare pregio di ogni singola porzione dell'immobile, con l'effetto pratico di dover escludere dal regime di bene culturale quelle parti di minor prestigio e di rendere il vincolo stesso nel suo complesso contraddittorio e di assai difficile gestione. In realtà l'edificio sottoposto a vincolo storico – artistico va considerato, dal punto di vista della sua funzione di testimonianza materiale di civiltà come un organismo unitario, dove il carattere meritevole di tutela culturale di alcune sue porzioni si estende senz'altro alle altre, salvo che, nel caso concreto, non sia testualmente precisato il contrario per specifiche ragioni» (cfr. Cons. St., sez.VI, 2 luglio 2013, n. 3545). Secondo Cons. St., n. 682/2014, «del resto, basta osservare che l'art. 21, comma 4, del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22.1.2004, n. 42) stabilisce che l'esecuzione di opere e lavori di qualunque genere su beni culturali è subordinata ad autorizzazione del soprintendente e non limita l'efficacia di detta previsione ai soli elementi menzionati nel decreto di vincolo».

⁵³ Cons. St., n. 682/2014.

⁵⁴ Cons. St., n. 682/2014; Cons. St., n. 543/2013. A questo proposito, cfr. G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016, il quale, riferendosi al caso in cui l'amministrazione debba decidere se apporre vincolo sul bene, oppure no, precisa che «[l']oggetto del vincolo [...] non è la cosa in sé, ma il bene culturale che essa rappresenta e di cui costituisce il supporto [...]»; l'a. giunge consequenzialmente ad affermare che, pena il contrasto della preservazione col principio di proporzionalità, va esclusa «dall'azione di tutela la preservazione di elementi aggiuntivi alla res, non intrinseci al suo pregio storico-artistico e dunque all'identità storica del manufatto che ha condotto al vincolo (ad esempio, una pur apprezzabile pavimentazione novecentesca in un palazzo barocco non appare un valore salvaguardato dal vincolo e perciò non si addice alla sua tutela)».

⁵⁵ *Contra*, se non ci si inganna, Cons. St., sez.VI, 28 dicembre 2015, n. 5845, che sembra ammettere la illegittimità del provvedimento di diniego per non avere la pubblica amministrazione, tra le altre cose, «parametrato la serietà del pregiudizio alle alternative possibili, ivi compresa quella dell'installazione di un impianto servo scala (in tal modo evidenziando un ulteriore profilo di divergenza rispetto alle previsioni di cui all'art. 4, l. n. 13/1989)». L'errore commesso dalla pronuncia si evince, poi anche dalla parte della sentenza in cui si legge che il Collegio ha chiesto al CTU nominato di esprimere le proprie valutazioni anche «con riferimento a tutte le alternative possibili e prospettabili (c. 5 dell'art. 4, l. n. 13/1989)» (le valutazioni erano da esprimere in ordine al seguente quesito: «se, in base allo stato di fatto riscontrabile in loco, nonché in relazione alla documentazione in atti e alle ulteriori circostanze nel caso di specie rilevanti, possa ritenersi che la realizzazione degli interventi previsti nell'ambito dell'originaria richiesta di nulla-osta, relativo alla realizzazione di un impianto ascensore da

dovranno necessariamente «entrare a far parte del provvedimento finale», posto che l'amministrazione, ai sensi dello stesso art. 5, sarà tenuta a considerarle nel motivare l'eventuale diniego che voglia opporre all'istanza di intervento⁵⁶.

Infine, è opportuno precisare che, ai sensi del c. 1 dell'art. 5, l. n. 13/1989, la Soprintendenza, nel momento in cui provveda sulla domanda di autorizzazione avanzata dall'istante, può anche decidere di impartire, se necessario, apposite prescrizioni.

Sembra, così, che la disposizione consenta alla pubblica amministrazione di agire in due modi differenti: da un lato, essa può decidere di impartire prescrizioni al fine di mitigare gli effetti degli interventi da assentire, rendendo ancora più lieve la (non seria) alterazione del bene tutelato⁵⁷ (la Soprintendenza, cioè, accertata a monte la fattibilità dell'intervento progettato, può prescrivere all'istante di agire sul bene vincolato in un modo diverso da quello: essa potrebbe ad esempio dettare prescrizioni sull'uso dei materiali e dei colori da utilizzare, nell'ottica di raggiungere l'effetto di mitigare l'impatto dell'intervento prospettato – e autorizzato perché inidoneo ad arrecare serio pregiudizio – e di rendere, quindi, ancora meno evidente l'alterazione, di base non seria, del bene tutelato). Dall'altro, in costanza d'un progetto che, così per come formulato, non potrebbe essere assentito perché arrecherebbe un serio pregiudizio, può impartire prescrizioni al fine di rendere edotto il privato del fatto che l'intervento non autorizzabile può essere in verità assentito nel caso in cui venga realizzato con le modifiche da essa indicate nel provvedimento di assenso (il potere di impartire prescrizioni può diventare, così, potere di indicare soluzioni

posizionare nel vano scala dello stabile, fosse idonea ad arrecare un "serio pregiudizio" al bene tutelato ai sensi del c. 4 dell'art. 4, l. n. 13/1989»).

⁵⁶ La norma espressamente precisa che l'amministrazione deve motivare anche con riferimento a tutte le alternative eventualmente prospettate dall'interessato.

⁵⁷ Lo stesso principio vale nel caso in cui gli interventi siano da effettuare su beni paesaggistici vincolati; in questo caso, tuttavia, l'amministrazione deve provvedere entro novanta giorni da quando l'istanza è stata presentata. Pure in tale eventualità, l'amministrazione, nel verificare che l'intervento progettato non arrechi un serio pregiudizio al bene, può impartire, ove necessario, apposite prescrizioni: lo dispone espressamente il c. 1 dell'art. 4; non è chiaro, quindi, perché delle pronunce intervenute sul tema abbiano specificato che «[p]ur mancando un richiamo a tale espressa previsione nel precedente comma 4, il potere di imporre prescrizioni per mitigare gli effetti di un pregiudizio (non serio) al bene tutelato, determinato da un intervento edilizio progettato al fine di eliminare le barriere architettoniche, deve ritenersi pacificamente consentito, facendo applicazione dei principi generali in materia, anche alle amministrazioni cui spetta l'esercizio delle funzioni di tutela paesaggistica» (*ex multis*, Cons. St., n. 905/2016).

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

alternative a quelle pensate⁵⁸)⁵⁹. La disposizione, in tal modo, riconosce alle pubbliche amministrazioni il potere di agire al fine di evitare di emanare un provvedimento di diniego che andrebbe inutilmente a ledere l'interesse del disabile all'accessibilità e che porterebbe il privato a chiedere una nuova autorizzazione, in costanza di un progetto nuovo e magari ancora una volta non del tutto compatibile.

In entrambi i casi, comunque, l'amministrazione emana una autorizzazione che appare "condizionata"⁶⁰.

Per come strutturato dalle norme (la legge afferma che l'amministrazione, ove necessario, «può» impartire prescrizioni), il potere di impartire prescrizioni appare discrezionale nell'*an*: il suo mancato esercizio, dunque, non può costituire motivo di illegittimità dell'opposto diniego⁶¹.

Tuttavia, se si accede alla teoria della generale doverosità nell'*an* del potere pubblico (sulla base del fatto che, come rilevato in apertura, la legge sul superamento delle barriere architettoniche persegue anche finalità di carattere pubblicistico, perché favorisce l'accessibilità agli edifici nell'interesse generale) e si ritiene dunque che la pubblica amministrazione, al ricorrere dei presupposti di legge – quindi, «ove necessario» – debba necessariamente attivarsi per valutare come e se esercitare il potere attribuitole dalle norme, si perviene a una diversa soluzione⁶²: può infatti ritenersi viziato da illegittimità, in quest'ottica, quel provvedimento amministrativo negativo che, nella motivazione, non dia conto del perché la pubblica amministrazione decidente, valutata obbligatoriamente, in costanza d'un procedimento in corso, l'opportunità di farlo, abbia ritenuto di non potere impartire delle prescrizioni atte a rendere assentibile un progetto che, per come pensato, appariva tecnicamente non autorizzabile⁶³.

⁵⁸ Anche se, invero, potrebbe leggersi solo come potere di "correggere" il progetto presentato in modo che diventi accettabile sul piano tecnico, non anche come potere di proporre soluzioni alternative del tutto "sostitutive" a quelle proposte.

⁵⁹ In questo senso sembra vada Cons. St., n. 905/2016.

⁶⁰ In questo stesso senso, G. Scialoja, *A proposito*, cit.

⁶¹ Cons. St., n. 543/2013; Cons. St., n. 682/2014.

⁶² Sulla doverosità nell'*an* dei poteri pubblici, sia consentito rimandare alla bibliografia citata in N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, cit., 65 (nota 104).

⁶³ Sembra orientarsi in questo senso, ad esempio, TAR Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 2 marzo 2018, n. 2343. Anche il succitato Cons. St., n. 905/2016 sembra invero deporre a favore di questa prospettiva. La norma, allora, quando utilizza il verbo "potere" (la pubblica amministrazione «può») si riferisce alla discrezionalità nel *quid*, non a quella nell'*an*.

4.2. (segue) *Del provvedimento di diniego opposto dalla Soprintendenza: sui vizi di legittimità maggiormente ricorrenti e sul sindacato del giudice amministrativo*

Alla luce dello studio della giurisprudenza che è intervenuta sul punto (adita da chi – istante – abbia dovuto sopportare un rifiuto), sembra potersi affermare che i provvedimenti di diniego rilasciati dalle Soprintendenze difficilmente assolvono all'onere motivazionale particolarmente intenso che viene espressamente richiesto dalla legge⁶⁴.

Il più delle volte, essi non contengono la specificazione della natura e della serietà del pregiudizio che l'intervento arrecherebbe al bene⁶⁵, oltre che della sua concreta rilevanza sia in rapporto alle caratteristiche proprie del bene culturale su cui l'intervento andrebbe ad apprestarsi⁶⁶, sia in rapporto al complesso in cui l'opera si colloca⁶⁷.

Numerosi, dunque, sono i provvedimenti amministrativi di diniego annullati per difetto di motivazione, per non avere l'Amministrazione declinato (identificato ed esternato⁶⁸) in maniera esplicita gli elementi che caratterizzano il pregiudizio e la sua serietà, in rapporto alle caratteristiche proprie del bene culturale. In concreto, il giudice sindacava la legittimità del provvedimento perché ravvisa la sussistenza di elementi di contraddizione o di carenza motivazionale capaci di tradursi in gravi incongruenze dell'iter argomentativo posto a fondamento del provvedimento negativo impugnato⁶⁹.

⁶⁴ Sul fatto che l'onere di motivazione sia particolarmente intenso, cfr. Cons. St., n. 682/2014; Id., 28 dicembre 2015, n. 5845; Id., 7 marzo 2016, n. 905. La giurisprudenza ritiene che suddetto onere sia correttamente assolto dall'amministrazione, qualora questa «evidenzi l'esistenza del grave pregiudizio al bene tutelato» (Cons. St., n. 543/2013; Cons. St., n. 682/2014).

⁶⁵ TRGA Bolzano, 27 aprile 2017, n. 146.

⁶⁶ Cons. St., sez. n. 682/2014.

⁶⁷ Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 15 settembre 2011, n. 4402 e TAR Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 28 settembre 2011, n. 7597, secondo cui «nel provvedimento con il quale la soprintendenza esprima diniego ai fini della realizzazione di un'opera preordinata al superamento delle barriere architettoniche debbano essere compiutamente esternate le reali e dimostrabili ragioni di pregiudizio che il progettato intervento è suscettibile di arrecare all'interesse di tutela del quale l'Amministrazione è portatrice». Sul punto, cfr. anche TAR Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 25 settembre 2018, n. 9557, secondo cui «il pregiudizio al bene tutelato non conduce di per sé al diniego di autorizzazione, ma deve essere specificamente valutato in relazione alle esigenze di tutela poste a base della richiesta di rimozione delle barriere architettoniche con l'analisi del singolo intervento, contestualizzata con riferimento al complesso edilizio entro il quale l'opera si colloca».

⁶⁸ Cons. St., n. 682/2014.

⁶⁹ TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 25 settembre 2018, n. 9557, che ha giudicato illegittimo il provvedimento impugnato perché basato «solo su un generico riferimento alle dimensioni del cortile, alle aperture insistenti e alle tracce di graffito presenti, senza neppure specificare se

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

Se è vero che nei casi suddetti il bilanciamento tra i coinvolti interessi costituzionalmente rilevanti è stato a monte operato dal legislatore, è altrettanto vero, consequenzialmente, che l'autorità di tutela adita dall'istante, al pari di quanto si verifica nel caso di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 42/2004⁷⁰, non è chiamata a ponderare interessi differenti, nel momento in cui esercita il potere di autorizzazione ai sensi degli artt. 4 e 5, l. n. 13/1989: essa ha solo il compito di operare un raffronto fra un fatto (l'intervento progettato) e un tutelato interesse rilevante (storico-artistico), allo scopo di valutare se, in costanza di un bilanciamento a monte effettuato dal legislatore, il fatto sia tale da arrecare o meno un *serio* pregiudizio al bene vincolato⁷¹.

Il potere che essa esercita, così, coerentemente con quanto generalmente affermato in tema di tutela del patrimonio culturale⁷², può essere ricondotto nell'alveo della discrezionalità tecnica⁷³ (*recte*, delle valutazioni tecniche)⁷⁴.

tali elementi siano direttamente interessati dal progetto dell'ascensore, e, comunque, senza alcuno specifico esame del particolare e rilevante pregio di tali elementi dell'edificio rispetto alla situazione personale della ricorrente, secondo quanto era stato indicato dal giudice d'appello». Rilevante, tra le altre, Cons. St., sez.VI, 21 aprile 2017, n. 1878; Cons. St., n. 4824/2017 e TRGA Bolzano, n. 146/2017 (nel caso di specie, il Collegio rileva che l'amministrazione, nel provvedimento di diniego, «non assolve all'onere di motivazione rafforzata richiesto dalla legge, posto che non indica le ragioni per cui un detto intervento, che non interferisce con alcuno degli elementi stilistici ed architettonici evidenziati nei provvedimenti istitutivi del vincolo, dovrebbe considerarsi foriero di effetti così pregiudizievoli per il rilievo storico-culturale dell'edificio»).

⁷⁰ Così, G. Sciuolo, *A proposito*, cit., secondo cui «La struttura del giudizio di compatibilità [...] non è dissimile negli altri casi di valutazione degli interventi su beni culturali o paesaggistici, disciplinati dagli artt. 21, c. 4, e 146, c. 8, d.lgs. n. 42/2004. In essi muta sì l'obiettivo della valutazione (è da apprezzare non un serio pregiudizio, ma un pregiudizio *tout court*), ma la struttura della valutazione e degli esiti sul provvedimento autorizzatorio non cambiano: si apprezza un fatto in rapporto all'interesse tutelato e la lesione che si ravvisi in ordine a questo è di ostacolo al rilascio dell'autorizzazione». L'a., nella parte finale dello scritto, rileva che si potrebbe auspicare «[l]a soluzione di affidare [...] all'autorità di tutela il potere di procedere a un bilanciamento fra l'interesse alla conservazione del patrimonio culturale e gli altri interessi di volta in volta coinvolti [...]».

⁷¹ Sul potere discrezionale puro come frutto di ponderazione di interessi, si v., per tutti, M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, 77 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 49. Di recente, R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 95 ss.

⁷² Cfr. G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale*, cit., il quale rileva che tutela del patrimonio culturale e discrezionalità tecnica da sempre, per la giurisprudenza del Consiglio di Stato e per la dottrina, rappresentano un «binomio inscindibile».

⁷³ La valutazione tecnica, in questo caso, è dunque servente rispetto al vincolo amministrativo stabilito dal legislatore.

⁷⁴ Nello stesso senso, G. Sciuolo, *A proposito*, cit., il quale afferma che non appare «del

Non sono condivisibili, quindi, quelle sentenze che (probabilmente facendo invero erroneamente coincidere i due diversi tipi di discrezionalità⁷⁵)

tutto improprio parlare complessivamente di giudizio “tecnico–discrezionale”, anche se dà conto del fatto che il giudizio della Soprintendenza «ha una doppia articolazione: a) come valutazione compiuta sulla base di cognizioni specialistiche delle caratteristiche dell’intervento prospettato, e come tale essa è da ricondursi agli apprezzamenti tecnici; b) come valutazione dell’incidenza dell’intervento sull’interesse culturale o paesaggistico, che è ‘discrezionale’ nel senso che si risolve nell’apprezzamento dell’interesse che l’autorità di tutela ha in cura».

⁷⁵ Si veda, ad esempio, Cons. St., n. 543/2013; non convince, invero, TAR Lazio, n. 2343/2018, che sembra parlare, nel caso di specie, di potere discrezionale puro, volto a contemperare le esigenze di tutela dei richiedenti con la “serietà” del pregiudizio arrecato al bene tutelato. Per un approfondimento della tesi che configura la discrezionalità tecnica come una specie del genere discrezionalità pura, sempre attuale F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’Amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss. Scrive F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in corso di pubblicazione su *Dir. proc. amm.*, 2019, che «l’assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa è giustificata dal fatto che entrambe comportano giudizi il cui contenuto non si deduce da un parametro predefinito. Ma all’elemento che accomuna i giudizi dell’uno e dell’altro tipo si accompagna la diversità dell’oggetto dei giudizi medesimi: quelli che sono propri della discrezionalità tecnica vertono sulla qualificazione dei fatti, mentre i giudizi attinenti alla discrezionalità amministrativa vertono sull’assetto da dare ad interessi. Nel primo caso la fattispecie indeterminata suscita incertezza riguardo alla sussistenza dei presupposti per la sua applicazione, nel secondo caso essa apre la possibilità di scelta tra alternative di azione. L’incertezza attiene all’attività conoscitiva che precede il provvedere; la possibilità di scelta attiene al provvedere. L’impiego della stessa parola “discrezionalità” nei due casi è fuorviante, come è fuorviante l’impiego di questa parola per designare ogni operazione mentale il cui esito non sia esattamente predeterminato – come accade, ad esempio, quando si parla di “discrezionalità” interpretativa. Questo impiego mette in ombra la differenza che passa tra l’indeterminatezza che è conseguenza inevitabile della qualità dell’oggetto del processo conoscitivo (che si tratti dell’attribuzione di significato ad un testo normativo oppure della ricognizione dell’opinione dominante riguardo a certi comportamenti), e la possibilità di scelta che consegue al conferimento di un potere di autodeterminazione, finalizzato a determinati interessi». Le valutazioni tecniche circa la cura e la salvaguardia dell’interesse culturale e la compatibilità di un progettato intervento rappresentano il *proprium* della funzione pubblica di tutela e sono funzionali a garantire «la protezione e la conservazione» del patrimonio culturale, perché «i beni culturali non possono essere distrutti, deteriorati, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione» (Cons. St., n. 682/2014). Come rileva Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652, la discrezionalità tecnica è caratterizzata dal perimetro dell’unicità dell’interesse: la valutazione dell’amministrazione secondo canoni scientifici e tecnici esclude la presa in considerazione e la comparazione con altri interessi in modo di individuare la soluzione più conveniente: la scelta di convenienza già è fatta a monte, dalla legge, all’amministrazione resta solo di rilevare le cose e modularvi adeguatamente l’intensità del proprio intervento specialistico. Come precisa G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale*, cit., riferendosi in genere al caso in cui il potere sia diretto alla tutela del patrimonio culturale, che «l’amministrazione preposta alla tutela non

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

ravvisano, nei casi in commento, un potere pienamente discrezionale della pubblica amministrazione⁷⁶; né quelle che, pur riportando il potere *de quo* nell'area delle valutazioni tecniche, a conferma della erronea coincidenza di cui si diceva, rilevano, poi, la illegittimità del diniego opposto dall'amministrazione sulla base di un «mancato contemperamento» degli interessi coinvolti⁷⁷.

Quanto al sindacato del g.a., occorre evidenziare che la giurisprudenza amministrativa, in certi casi, chiamata a scrutinare la sussistenza di eventuali vizi di eccesso di potere, ha in via generalizzata precisato che il potere esercitato dalla Soprintendenza nel procedimento a istanza di parte

deve prendere in considerazione e calcolare gli altri interessi toccati, quale ne sia la natura o la meritevolezza, la convergenza o il conflitto. Non le compete, altrimenti il suo non sarebbe più un giudizio tecnico ma un esercizio di discrezionalità amministrativa, quando la sua struttura organizzativa e le sue professionalità non sono finalizzate a quello. Essa si deve muovere unidirezionalmente, come lungo una monorotaia, dove una volta rilevata la situazione in fatto deve contenersi a calibrare – in base a regole e cognizioni di scienze e arti – l'intensità e l'adeguatezza delle misure da assumere per intervenire in congrua cura dell'interesse affidatole. Non può cioè uscire dalla monorotaia, deve valutare in concreto dove sensatamente arrivarvi per evitare che l'interesse affidatole sia compromesso o messo in pericolo. È fuori dal compito degli organi tecnici la comparazione e valutazione, diretta o indiretta – vale a dire, la commisurazione – con altri interessi, pubblici o privati». L'a. rileva che «la ragione di questo tecnicismo è, al fondo, di ordine costituzionale» e che «solo la dimensione tecnica della tutela invero il principio fondamentale dell'art. 9 Cost. e consente una salvaguardia che prescinda dal cedimento per opportunità rispetto ad altri interessi» (in giurisprudenza, Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4823; Id., 11 marzo 2015, n. 1257; Id., 15 giugno 2015, n. 2903; Id., 14 agosto 2015, n. 3932). Tuttavia, l'a., nello scritto, nel momento in cui rileva che, proprio con riferimento all'art. 4 (e dunque al 5) l. n. 13/1989, il legislatore modella un giudizio di «moderato bilanciamento» con altri interessi essenziali, sembra riconoscere la sussistenza, in tali casi, di un potere discrezionale «puro».

⁷⁶ *Contra*, ad esempio, se non ci si inganna, Cons. St., n. 543/2013, la quale afferma che «le valutazioni effettuate dalla Soprintendenza, in questo caso, sono caratterizzate da un'ampia sfera di discrezionalità amministrativa» (invero, probabilmente equiparando, come detto, discrezionalità pura e discrezionalità tecnica).

⁷⁷ Cfr. TAR Lazio, Roma, n. 9557/2018; TAR Lazio, Roma, n. 2343/2018; TAR Trentino-Alto Adige, Bolzano, n. 14649/2017. Interessante, a questo proposito, quella giurisprudenza amministrativa che, in tema di legittimazione a ricorrere avverso il diniego opposto dalla Soprintendenza, afferma che «appare [...] preferibile un'interpretazione estensiva in ordine alla legittimazione a ricorrere contro il diniego della Soprintendenza, peraltro, senza stravolgere il carattere personale dell'interesse legittimo e la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, onde l'interesse in questione assurga a dignità di posizione qualificata e differenziata, mediante uno stabile collegamento con una situazione concreta di disabilità, nel senso che, salvo che non sia disabile lui stesso, l'interessato deve provare che l'unità immobiliare di cui è proprietario deve ospitare un portatore di handicap, nonché di avere un concreto interesse alla rimozione delle barriere architettoniche, interesse anche di natura meramente familiare e comprovabile pure in base a criteri presuntivi [...]» (Cons. St., sez. n. 543/2013).

di cui agli artt. 4 e 5, l. n. 13/1989, può essere sindacato dal giudice amministrativo «solo per difetto o insufficienza di motivazione (allorché non risultino, almeno in modo non sufficiente, illustrate le ragioni che sorreggono la valutazione), ovvero per eccesso di potere per irragionevolezza⁷⁸ o illogicità»⁷⁹.

Tuttavia, si dovrebbe forse più correttamente affermare che il suddetto potere risulta sindacabile in via giudiziale con riguardo a qualsiasi vizio di legittimità riscontrabile, incluso l'eccesso di potere in ogni sua figura sintomatica (comprese, ad esempio, la disparità di trattamento⁸⁰ e il difetto dell'istruttoria)⁸¹.

Non è questa la sede per di indugiare su siffatti aspetti, posto che l'analisi necessiterebbe di un approfondito studio del tema della c.d. discrezionalità tecnica; in ogni caso, questi orientamenti sembrano porsi del tutto a sostegno di quella recente dottrina che, in tema, ha rilevato come

⁷⁸ Secondo F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità nelle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 313 e ss., «contrariamente a quello che l'espressione suggerisce, la verifica della ragionevolezza nei giudizi che applicano concetti giuridici indeterminati si risolve dunque nella rinuncia alla ragionevolezza: affinché l'opinione del giudice non prevalga sull'opinione dell'amministratore, il parametro giudiziale della ragionevolezza è soddisfatto se l'apprezzamento dell'amministrazione non è manifestamente irragionevole. Nel momento stesso in cui dichiara che l'azione amministrativa è soggetta al principio di ragionevolezza, il giudice si astiene dalla valutazione secondo ragionevolezza, perché soltanto l'irragionevolezza manifesta è oggetto di un possibile "accertamento" giudiziale».

⁷⁹ TRGA Bolzano, n. 264/2018. Anche secondo Cons. St., n. 682/2014, le valutazioni tecniche circa la cura e la salvaguardia dell'interesse culturale e la compatibilità di un progettato intervento «si possono esprimere in un'ampia gamma di considerazioni riservate alla valutazione tecnica dell'autorità amministrativa preposta, salvi i limiti, sindacabili dal giudice amministrativo, della logicità, ragionevolezza, non contraddizione e dell'obbligo di motivazione».

⁸⁰ Sul punto, cfr. Cons. St., sez. VI, n. 543/2013, secondo cui «n sede di esame delle istanze di autorizzazione, volte a modificare la struttura o il prospetto di un bene sottoposto a vincolo architettonico, è del tutto irrilevante quanto abbia fatto l'amministrazione in precedenza, in relazione ad altri beni, ad esempio, consentendo modificazioni dello stato dei luoghi; in ogni caso, quand'anche in precedenza la Soprintendenza abbia autorizzato opere comportanti la diminuzione della visibilità di elementi costruttivi di alcuni edifici (quali, ad esempio, la tromba delle scale), l'amministrazione ben può in altri casi ravvisare esigenze di tutela dei medesimi elementi costruttivi che si trovino in altri edifici, anche al peculiare scopo di perpetuarne l'immagine e la memoria». In questo senso, rileva anche Cons. St., sez. VI, 11 giugno 2012, n. 3401, secondo cui «l'eccesso di potere per disparità di trattamento si può infatti configurare solo sul presupposto, di cui l'interessato deve dare la prova rigorosa, dell'identità assoluta della situazione considerata».

⁸¹ In questo senso, invece, Cons. St., sez. VI, 21 aprile 2017, n. 1878.

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

l'indirizzo introdotto dalla giurisprudenza amministrativa nel 1999⁸² si sia consolidato, nel tempo, limitatamente alle valutazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti⁸³: la giurisprudenza amministrativa è in genere restia a “spingersi oltre” (anche se, a onor del vero, occorre rilevare che non mancano casi in cui, proprio nell'ambito del diritto dei beni culturali, il giudice amministrativo ha verificato l'attendibilità delle operazioni tecniche quanto alla correttezza dei criteri utilizzati e della loro applicazione⁸⁴, verificando, cioè, che queste non avessero esorbitato dai margini dell'opinabilità⁸⁵)⁸⁶.

⁸² Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

⁸³ Così, F. Trimarchi Banfi, *Razionalità e ragionevolezza*, cit.

⁸⁴ Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1257.

⁸⁵ La legge che la Soprintendenza è chiamata ad applicare fa riferimento a una nozione – quale quella di pregiudizio, che, anche se riempita di contenuto tramite la richiesta “serietà”, non trova nella legge stessa una definizione in tutto e per tutto puntuale: di modo che la sua individuazione in concreto richiede un tipo di valutazione di carattere tecnico, che, tanto nei suoi presupposti generali quanto nella sua specifica applicazione ai singoli casi, presenta margini di evidente opinabilità. Nei casi in questione, ci troviamo, quindi, di fronte ad una di quelle c.d. *soft sciences* caratterizzate da un particolare grado di opinabilità, i cui risultati, *ex post*, restano dunque non dimostrabili e oggettivamente non da tutti condivisibili. Cons. St., n. 543/2013, parla di giudizi connotati da un inevitabile margine di opinabilità e precisa che «non appare ulteriormente sindacabile la sfera d'inevitabile opinabilità pertinente alle valutazioni in ordine ai valori storici ed artistici, la compatibilità con tali valori degli interventi sul bene e l'eventuale gravità della menomazione arrecata ai valori tutelati».

⁸⁶ E che dunque non fossero fuoriuscite dalle ragioni per cui il potere stesso è dato dalla legge (cfr. Cons. St., n. 1257/2015). Si parla, in questi casi, di sproporzione tra l'uso concreto della discrezionalità tecnica e la realtà della situazione da preservare: il potere che si manifesta con l'atto amministrativo deve essere esercitato in modo che sia effettivamente congruo e rapportato allo scopo legale per cui è previsto, si veda Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3669; cfr. Cons. St., n. 1257/2015, che sottolinea che l'atto va annullato qualora «risulti che il risultato raggiunto dall'Amministrazione, a prescindere dalla sua fisiologica opinabilità, fuoriesce dai limiti di naturale elasticità sottesi al concetto giuridico indeterminato, che l'Amministrazione è tenuta ad applicare». Sul punto, sempre attuale anche Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013. Si tratta di orientamento pacifico che solo la *full jurisdiction* di matrice CEDU potrebbe mettere in discussione (cfr. F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, in particolare, 117 ss.). Sul punto, si vedano le osservazioni di G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale*, cit. Ritiene che la distinzione tra sindacato estrinseco e sindacato intrinseco sia priva di senso, G. Clemente di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulla valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *giustamm.it*, 2016, secondo cui il giudice, mediante il sindacato intrinseco, «rileva, dalla osservazione dell'atto, e dell'iter procedimentale che è stato seguito per emanarlo, la sussistenza di una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere».

5. Alcune osservazioni sui rapporti tra interventi diretti ad assicurare l'accessibilità delle persone disabili e gli edifici di interesse culturale pubblici

Le considerazioni sulla compatibilità degli interessi coinvolti, svolte nel § 4, possono essere senz'altro riferibili anche agli edifici di interesse culturale pubblici: l'interesse alla conservazione di questi, cioè, non intacca, *a priori*, l'interesse all'accessibilità delle persone disabili (interesse che, anzi, deve essere senz'altro garantito attraverso l'applicazione pratica delle norme che presiedono alla sua tutela⁸⁷).

Si deve consequenzialmente affermare che solo in casi specifici, allora, in costanza di ristrutturazione di edifici vincolati pubblici, l'autorità competente può concedere la derogabilità delle prescrizioni di cui al d.P.R. n. 503/1996 (regolamento recante norme per l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici, spazi e servizi pubblici)⁸⁸.

Più nel dettaglio, ai sensi dell'art. 19, c. 3, d.P.R. n. 503/1996, l'istanza volta a ottenere la concessione della deroga può essere richiesta (e, meglio, può essere ottenuta) esclusivamente laddove «le opere di adeguamento costituiscono pregiudizio per valori storici ed estetici del bene tutelato».

Si tratta di una valutazione che deve operare a monte l'istante, quindi, e che deve poi essere successivamente confermata dall'amministrazione pubblica cui perviene l'istanza⁸⁹.

Pare a chi scrive di potere invero rilevare che il pregiudizio di cui al c. 3, per potere essere atto a legittimare la richiesta di concessione della deroga, debba essere serio: l'ultimo periodo dello stesso c. 3 specifica, infatti, che «la mancata applicazione delle presenti norme deve essere motivata con la specificazione della natura e della serietà del pregiudizio».

Prima ancora di potere legittimamente avanzare una richiesta col fine di ottenere la suddetta deroga, si ritiene che l'istante che di essa voglia usu-

⁸⁷ Nel caso degli edifici pubblici, rileva, in particolare, oltre alla l. 30 marzo 1971, n. 118, il d.P.R. n. 503/1996, il quale ultimo richiama, in più punti, predicandone l'applicabilità, il d.m. n. 236/1989.

⁸⁸ Ancora in vigore e non affatto abrogato, come invece si legge in TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 23 marzo 2016, n. 846. In nessuna norma, fin dalla l. n. 118/1971, si afferma esplicitamente che i beni di interesse culturale possano essere dispensati dall'applicazione delle norme sul superamento delle barriere architettoniche; le esigenze di tutela non configurano, quindi, a priori, la possibilità di una deroga. La derogabilità delle prescrizioni del regolamento è espressamente contemplata dall'art. 19 del medesimo d.P.R. n. 503/1996.

⁸⁹ Secondo A. Arenghi, *Venezia, accessibilità ai ponti*, cit., 95, nota 12, trattasi di una locuzione soggettiva che è difficilmente definibile sia per le Soprintendenze che per i progettisti.

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

fruire debba comunque cercare di approntare (e dunque presentare un progetto contenente) quelle che l'art. 7, c. 2, d.m. n. 236/1989 (applicabile in questo caso anche agli edifici di interesse culturale pubblici, in quanto espressamente richiamato dal c. 5 dell'art. 19 del d.P.R.) definisce come «soluzioni alternative alle specificazioni e alle soluzioni tecniche» enunciate dal diritto positivo⁹⁰. In altri termini, leggendo in via del tutto sistematica le norme che disciplinano la materia, si può affermare che il soggetto interessato, prima di potere legittimamente chiedere (e, meglio, ottenere) la concessione della deroga alle regole, debba (e non semplicemente possa) proporre «altre» misure atte a realizzare alternativamente lo scopo che le disposizioni da derogare (in concreto non applicabili) volevano, in astratto, raggiungere. La doverosità dell'azione dipende dal fatto che i beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica, svolgendo una vera e propria *funzione sociale*, sono espressamente destinati, ex art. 2 del codice dei beni culturali e del paesaggio, alla «fruizione della collettività» (anche qualora siano vincolati⁹¹)⁹².

Spetterebbe alla Soprintendenza, dunque, negare motivatamente la concessione della deroga in tutti quei casi in cui, a supporto della domanda diretta a ottenerla, non sia stata allegata una motivazione del progettista atta a chiarire (non solo quale serio pregiudizio si arrecherebbe se si rispettassero le prescrizioni normative, ma anche) quale limite abbia ostato alla proposizione delle dovute soluzioni alternative, in luogo delle prescrizioni di legge.

Non osta a questa visione delle cose il fatto che il legislatore si riferisca alle soluzioni alternative in termini di possibilità (precisando, al c. 5 dello stesso art. 19, che esse «sono ammesse»): il decisore, infatti, con siffatta

⁹⁰ Purché, come previsto dalle norme, rispondano alle esigenze sottointese dai criteri di progettazione di cui all'art. 4, d.m. n. 236/1989.

⁹¹ Ai sensi dell'art. 2 del codice dei beni culturali, i beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica sono destinati alla fruizione della collettività, compatibilmente con le esigenze di uso istituzionale e sempre che non vi ostino ragioni di tutela: si legge qui la funzione sociale dei beni; essi assolvono «prioritariamente alle esigenze di interesse pubblico cui la norma li collega in modo specifico» (V. Caputi Jambrenghi, *Destinazione e regole d'uso dei beni culturali pubblici e privati*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, I, Padova, Cedam, 2001, 258).

⁹² L'affermazione vale a maggior ragione se si considera che, ex art. 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, gli istituti ed i luoghi di cultura che appartengono a soggetti pubblici «sono destinati alla pubblica fruizione ed espletano un servizio pubblico ex art. 101 codice beni culturali e del paesaggio»; sul punto (e sui riflessi che sull'assetto delineato da tale articolo ha prodotto il d.l. 18 settembre, 2015, n. 146), cfr. C. Zoli, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il decreto legge 20 settembre 2015, n. 146 in tema di sciopero*. Si veda anche L. Casini, «L'essenziale è (in)visibile agli occhi»: patrimonio culturale e riforme, in *Aedon*, 2015.

espressione, non limitandosi al caso in cui il richiedente possa richiedere e ottenere la concessione della suddetta deroga all'applicabilità del d.P.R. del 1996, intende significare che l'istante tenuto ad apprestare il superamento delle barriere, al pari di quanto avviene nel caso degli edifici privati, può presentare in generale un progetto contenente delle soluzioni diverse da (e migliorative di) quelle normativamente prescritte.

Senza considerare che questa precisazione circa la possibile proposizione di soluzioni alternative rende, in concreto, realizzabile la doverosità di cui s'è detto: se siffatte alternative non fossero ammissibili, infatti, non potrebbero neppure essere obbligatoriamente richieste (la doverosità presuppone, a monte, la *possibilità*).

Nell'ambito degli edifici vincolati pubblici, altri problemi nascono, poi, nel momento in cui si affronti il tema delle c.d. opere provvisoriale (opere che devono essere concretamente apprestate sia laddove la Soprintendenza abbia negato l'autorizzazione ad apprestare il progetto presentato⁹³, sia laddove abbia accordato la concessione della deroga all'applicabilità delle prescrizioni tecniche di legge⁹⁴).

Ebbene: anche in questo caso sembra che l'azione non sia del tutto soddisfacente, sul piano pratico. In concreto, pare che il più delle volte queste siano pensate quali opere temporanee e veloci; per questo, sono in concreto mal progettate e per lo più realizzate con materiali scadenti, nonostante le norme in materia siano abbastanza chiare nel precisare che le opere provvisoriale devono essere allestite con buon materiale e a regola d'arte, propor-

⁹³ Cfr. art. 82 del t.u. edilizia, c. 2, ai sensi del quale «Per gli edifici pubblici e privati aperti al pubblico soggetti ai vincoli di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, nonché ai vincoli previsti da leggi speciali aventi le medesime finalità, qualora le autorizzazioni previste dall'articolo 20, commi 6 e 7, non possano venire concesse, per il mancato rilascio del nulla osta da parte delle autorità competenti alla tutela del vincolo, la conformità alle norme vigenti in materia di accessibilità e di superamento delle barriere architettoniche può essere realizzata con opere provvisoriale, come definite dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 7 gennaio 1956, n. 164, sulle quali sia stata acquisita l'approvazione delle predette autorità».

⁹⁴ Ai sensi dell'art. 19, c. 3, d.P.R. n. 503/1996, «Per gli edifici soggetti al vincolo di cui all'art. 1 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, e all'art. 2 della legge 1° giugno 1939, n. 1089, la deroga è consentita nel caso in cui le opere di adeguamento costituiscono pregiudizio per valori storici ed estetici del bene tutelato, in tal caso il soddisfacimento del requisito di accessibilità è realizzato attraverso opere provvisoriale [...]». Si consideri, che, ai sensi del medesimo c. 3, laddove non si possano apprestare delle opere provvisoriale, il soggetto tenuto all'intervento sull'edificio pubblico vincolato è tenuto comunque, in subordine, ad assicurare l'accessibilità «con attrezzature d'ausilio e apparecchiature mobili non stabilmente ancorate alle strutture edilizie».

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

zionate ed idonee allo scopo, conservate in efficienza per tutta la durata del lavoro⁹⁵.

Ora: poiché, com'è noto, le opere provvisionali, benché dovute, devono comunque essere sottoposte a verifica (quantomeno nel caso in cui la Soprintendenza abbia negato l'autorizzazione, cfr. art. 82, c. 2, t.u. edilizia)⁹⁶, il problema è correlato, evidentemente, anche alle decisioni amministrative – assunte dalle autorità – che, concretamente, le legittimano. Spetterebbe alla Soprintendenza, dunque, in questi casi, negare l'apprestamento delle pericolose (e inutili) opere provvisionali proposte⁹⁷.

E qui, in verità, si staglia una ulteriore questione pratica: le associazioni di categoria, le quali affermano di essere scarsamente coinvolte, dalle amministrazioni decidenti, nella fase istruttoria del procedimento, rilevano contestualmente che se il loro coinvolgimento fosse a monte assicurato, l'amministrazione, avendo maggiori strumenti a disposizione per decidere, tra le altre cose, della bontà delle opere provvisionali proposte, eviterebbe non solo malcontenti (e successive contestazioni), ma anche l'aggravio dei costi che la predisposizione di nuove opere provvisionali, *ex post*, comporta.

Anche nel caso delle opere provvisionali, invero, per gli stessi motivi suesposti, si ritiene (come si evince dal linguaggio *supra* utilizzato) che l'in-

⁹⁵ Cfr. art. 7, d.P.R. n. 164/1956. «Per quanto riguarda la dizione opere provvisionali ovvero, in subordine, con attrezzature d'ausilio e apparecchiature mobili non stabilmente ancorate alle strutture edilizie», ovvero soluzioni provvisionali removibili, riteniamo che sia un'indicazione fuorviante per il progettista: è difficile pensare che una soluzione “provvisoriale” e “removibile”, per il significato stesso che i due aggettivi hanno, possa inserirsi armoniosamente e degnamente in un contesto storico-artistico, che possa costituire un'efficace risposta funzionale e che possa trasmettere “messaggi positivi”, ma soprattutto fa assumere al progettista “un abito mentale” che favorisce soluzioni di scarsa qualità ottenute con materiali scadenti e che male si inseriscono nel contesto materico della fabbrica. Il giudizio ampiamente negativo rispetto all'indicazione legislativa deriva dall'aver constatato come troppe volte la stessa sia stata tradotta in pratica con «una rampetta fatiscente costituita da assicelle in legno»; ciò, tuttavia, non significa che non si possa realizzare la stessa rampetta in modo che non trasmetta un messaggio di precarietà pur rimanendo un «manufatto provvisorio e removibile» ovvero attraverso una soluzione che più propriamente si possa definire “reversibile”: così, A. Arengi, *Accessibilità degli edifici storici e vincolati*, cit.

⁹⁶ Cfr. nota 93.

⁹⁷ Non pare chiaro, in verità, quantomeno leggendo le norme, se le opere provvisionali che devono essere apprestate, a fronte d'una deroga, debbano essere sottoposte a previa verifica; se è vero che l'art. 82 del t.u. edilizia, al c. 2, espressamente prevede che, è altrettanto vero che tale disposizione si riferisce al caso in cui la Soprintendenza abbia negato l'autorizzazione a intervenire secondo il progetto presentatole, non anche a quello in cui la stessa amministrazione abbia accordato la deroga alla necessaria applicazione delle norme di cui al d.m. n. 236/1989.

tervento da apprestare sia del tutto doveroso. Si potrebbe in verità contestare siffatta doverosità, rilevando che il suddetto c. 2 dell'art. 82 t.u. edilizia, con riferimento al caso in cui le opere siano da apprestare a fronte d'un diniego opposto dalla Soprintendenza al progetto presentato (e non alla richiesta di concessione della deroga), afferma espressamente che la conformità alle norme in materia di accessibilità e di superamento delle barriere architettoniche, in quei casi, «può» essere realizzata con opere provvisionali⁹⁸.

Tuttavia, si ritiene che la norma debba essere letta, per coerenza sistemica, nel senso che impone l'adozione di misure provvisionali atte a soddisfare il requisito dell'accessibilità, al fine di far sì che l'edificio possa davvero svolgere quella funzione sociale che il suddetto art. 2 del codice dei beni culturali e del paesaggio gli attribuisce.

6. Riflessioni conclusive

Si può dunque affermare che, come si evince da questa breve analisi, sono ancora vari i problemi che limitano concretamente la piena realizzazione dell'interesse all'accessibilità delle persone disabili ai luoghi di interesse culturale.

Per quanto riguarda la prima traiettoria percorsa, appare evidente che sono numerosi gli aspetti su cui occorre lavorare, al fine di creare un *habitat* culturale che, nell'ambito dell'edilizia sia davvero “amico della disabilità”⁹⁹.

Anzitutto, occorre approntare un'azione che sia sul serio in linea con quanto in astratto disposto e richiesto dalle norme; è in questo senso importante che i progettisti (il discorso vale evidentemente nel caso in cui ci si riferisca alle nuove costruzioni) guardino ai vincoli normativi come a una opportunità per la loro creatività, e non come a un limite al proprio estro. Essi dovrebbero evitare di far prevalere, già a livello progettuale, gli aspetti

⁹⁸ Invero, la norma di cui al d.P.R. n. 503/1996 (art. 19, c. 3) pare pacificamente riconoscere la doverosità dell'azione in commento, nel momento in cui statuisce che, nel caso in cui la deroga sia accordabile, il requisito dell'accessibilità «è realizzato attraverso opere provvisionali [...]».

⁹⁹ G. Tulumello, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Questione Giustizia*, 2018, 93 e ss. afferma che solo una piena e consapevole adozione da parte dell'amministrazione delle misure necessarie a garantire il risultato di tutela, e il successivo sindacato sulla legittimità (intesa come conformità sostanziale e non formale al paradigma normativo) di tali misure da parte del giudice amministrativo (con l'eventuale adozione di ogni più idonea misura decisoria), può far ritenere effettiva la garanzia dei diritti riconosciuti ai soggetti disabili.

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

estetici su quelli funzionali e di usabilità, con la conseguenza di ottenere risultati a volte visivamente apprezzabili, ma nella maggior parte dei casi scomodi e di difficile utilizzo¹⁰⁰.

Al fine di garantire davvero l'accessibilità agli edifici di interesse culturale, occorre lavorare, poi, prima ancora, sulla c.d. *accessibilità urbana*: se non v'è possibilità di muoversi autonomamente in città, infatti, il luogo di interesse culturale, anche se reso concretamente accessibile, resta, in concreto, non fruibile dalla persona interessata, perché da essa non direttamente raggiungibile. Spesso, molti degli edifici di interesse culturale (soprattutto quando vincolati) si trovano nella parte storica delle città¹⁰¹, raggiungibile solo tramite un percorso altimetrico variabile e con pavimentazione non complanare. Mancano, in questi casi, quasi sempre, delle zone di riposo che, lungo il suddetto percorso, possano garantire alla persona disabile la possibilità di sostare.

In quest'ottica, è fondamentale leggere l'*accessibilità* come un investimento, non come una spesa: essa, se davvero garantita, alimenta senza dubbio il fenomeno del turismo¹⁰², facendolo diventare inclusivo (accessibile) e

¹⁰⁰ F.Vescovo, *Progettare per tutti senza barriere*, Rimini, Maggioli, 1997, precisa che «occorre chiarire con forza che tutte le prescrizioni legislative derivanti dai numerosi provvedimenti esistenti in materia di superamento delle barriere architettoniche non costituiscono un ulteriore “vincolo” alla buona progettazione. Si configurano invece come “valore aggiunto” alla stessa finalizzato ad una migliore qualità dell’opera in quanto maggiormente godibile e certamente più sicura». Egli ricorda inoltre come «è necessario altresì fare emergere che le prescrizioni e gli obblighi non debbano produrre soluzioni “dedicate” solo alle persone disabili ma devono invece avere come “target” di riferimento l’intera cittadinanza, con conseguenti benefici generalizzati». Si tratta di una normativa di carattere prestazionale tale per cui la sua corretta lettura è quella che la considera come «una normativa di risultato», in riferimento alla *ratio* della norma stessa, e *de minimo* quando ci si riferisce alle misure in essa contenute (A. Arengi, *Venezia, accessibilità ai ponti*, cit., 95, nota 7).

¹⁰¹ Sulla difficoltà di definire il centro storico, cfr. S. Fantini, *Il centro storico come bene paesaggistico a valenza culturale*, in *Aedon*, 2015. Sempre attuale, comunque, la definizione di F. Benvenuti, *Introduzione*, in *La tutela dei centri storici*, a cura di G. Caia e G. Ghetti, Torino, Giappichelli, 1997, che lo definisce come «un luogo abitato le cui caratteristiche sono segnate dal fatto di distinguersi dal resto dell’agglomerato urbano per avere caratteri di individualità storica tali da rappresentare un *unicum*, esemplare cioè di una particolarità che esprime una valenza culturale».

¹⁰² Con il piano strategico del turismo per l'Italia, ad esempio, il MIBACT ha individuato l'accessibilità come uno dei principi trasversali da considerare. Nell'ambito delle iniziative della Direzione generale per la valorizzazione del patrimonio culturale, rileva il progetto “A.D.Arte”, avviato nel 2010 dal servizio I della Direzione generale per la valorizzazione del patrimonio culturale: l'obiettivo era quello di concepire e realizzare un sistema di analisi e rilevazione delle condizioni di accessibilità di siti culturali statali italiani e la successiva immissione in rete di un sistema informativo atto a garantire la completa disponibilità al pubblico dei livelli di fruibilità del sito. Tuttavia, per problemi tecnici, esso non è del tutto riuscito (sul

competitivo, capace di favorire sviluppo economico, culturale e sociale in tutto il territorio¹⁰³.

Si ritiene, infine, che sia necessario, da un lato, nell'ottica di guardare alla accessibilità in chiave ampia e multidimensionale¹⁰⁴, mirare a eliminare anche le barriere e gli ostacoli ai servizi di informazione, comunicazione e altri, compresi i servizi informatici (obbligo che, come rilevato dalle linee guida per la redazione del Piano di eliminazione delle barriere architettoniche (PEBA) nei musei, complessi museali, aree e parchi archeologici del 2018, si può individuare come discendente, tra l'altro, dall'art. 9 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità); dall'altro, incidere sulla formazione delle persone che lavorano negli edifici di interesse culturale, affinché venga fornita una migliore assistenza alle persone con disabilità, soprattutto in quelle situazioni in cui il luogo non sia pienamente accessibile¹⁰⁵ e, contestualmente, affinché il tema venga considerato con un nuovo approccio culturale che individui l'*handicap* non nella persona, ma nell'ambiente in cui la persona vive¹⁰⁶. Anche tenendo conto del piano so-

punto, A. Ragusa, *Persone disabili e accessibilità: il progetto A.D. ARTE per i musei statali*, in *educare.it*, 2015, 172 ss.).

¹⁰³ Il tentativo di introdurre il tema dell'accessibilità nella disciplina del turismo è andato invero incontro a una pronuncia di illegittimità costituzionale (cfr. C. cost., 5 aprile 2012, n. 80, sull'art. 3 del cosiddetto codice del turismo, che imponeva allo Stato di garantire che le persone con disabilità motorie, sensoriali e intellettive potessero fruire dell'offerta turistica, a parità di qualità e senza aggravio di costi rispetto agli altri fruitori: secondo la Corte, l'art. 3 «attiene, con evidenza, ai rapporti tra Stato e Regioni in materia di turismo e realizza un accentramento di funzioni, che, sulla base della natura residuale della competenza legislativa regionale, spettano in via ordinaria alle Regioni, salvo che lo Stato non operi l'avocazione delle stesse, con l'osservanza dei limiti e delle modalità precisati dalla giurisprudenza di questa Corte»; concludendo per la illegittimità costituzionale della norma per violazione degli artt. 76 e 77, c. 1, in relazione agli artt. 117, c. 4, e 118, c. 1, Cost.).

¹⁰⁴ Occorre eliminare gli ostacoli di fatto che mettono in forse la dignità sociale della persona, al fine di rendere concretamente e realmente effettivi quei diritti che permettono la piena realizzazione dell'eguaglianza tra le persone (L. Busatta, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in *Le definizioni nel diritto, Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, a cura di F. Cortese e M. Tomasi, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 340).

¹⁰⁵ La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità prevede, in diverse disposizioni, la formazione di professionisti e personale, al fine di migliorare l'erogazione dei servizi (inclusi quelli culturali) e fornire una migliore assistenza alle persone con disabilità. Nel Commento generale n. 2/2014, il Comitato di controllo della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ha ulteriormente ribadito l'importanza della formazione, anche nel settore dell'accessibilità (par. 10).

¹⁰⁶ L'allegato 2 alle linee guida per la redazione del piano di eliminazione delle barriere architettoniche (PEBA) nei musei, complessi museali, aree e parchi archeologici (2018), parla di «messa a sistema della formazione e dell'aggiornamento del personale».

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

vranaazionale¹⁰⁷, occorre, cioè, considerare la disabilità da un punto di vista sociale e non più medico¹⁰⁸, al fine di comprendere che essa non è fenomeno eccezionale, ma diffuso e comune, che può appartenere a tutti noi¹⁰⁹. Si deve, così, riconoscere il carattere ampio della disabilità, intesa come categoria entro cui rientrano anche gli anziani, i cardiopatici, gli obesi, le donne in gravidanza, le persone in convalescenza, i bambini (non a caso definiti, proprio a causa della scarsa considerazione che viene loro normalmente riservata, persone “disabili invisibili”)¹¹⁰.

Quest'ultimo tema, in verità, non riguarda solo le persone che lavorano negli edifici di interesse culturale; si ritiene, infatti, che debba essere affrontato con riferimento alla società in genere, posto che in Italia manca, ad oggi, una vera cultura della disabilità¹¹¹.

¹⁰⁷ Secondo quanto delineato dalla Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (ICF, 2001) elaborata dall'Organizzazione mondiale della sanità, il fulcro della questione si sposta dalla malattia dell'individuo alla disabilità intesa quale prodotto di fattori ambientali, fisici e sociali e di inadeguate o insufficienti risposte che la società fornisce alle persone che hanno bisogni particolari. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità assorbe questo concetto e codifica il modello di disabilità sulla base dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Nel preambolo, si afferma che la disabilità è un concetto in evoluzione e che è il risultato dell'interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di parità con gli altri. La Convenzione, quindi, sancisce un nuovo approccio alla disabilità che riconduce la condizione di disabile all'esistenza di barriere di diversa natura ed identifica nel superamento di tali barriere l'obiettivo da raggiungere (cfr. Aa.Vv., *ICF e Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità. Nuove prospettive per l'Inclusione*, a cura di G. Borgnolo, Trento, Erickson, 2009, 9).

¹⁰⁸ Il modello sociale mette a fuoco la relazione individuo-ambiente e il contesto in cui la persona è inserita, identifica le barriere sociali, economiche ed i comportamenti diffusi che portano all'esclusione, puntando alla rimozione degli ostacoli e dei comportamenti discriminanti. Considera, cioè, la persona disabile un soggetto da includere a pieno titolo nella società, piuttosto che un soggetto da tutelare (A.D. Marra, *Disabilità*, in *Dig. disc. priv.*, aggiornamento, Torino, Utet, 2010, 556). M. Oliver, *The social model of disability: thirty years on*, in *Disability & Society* (2013), 1024 e ss.

¹⁰⁹ L. Busatta, *L'universo delle disabilità*, cit., 335 e ss.; A. Lorenzetti, *Dis-eguaglianza e disabilità*, Relazione al convegno annuale del Gruppo di Pisa, Campobasso, 19-20 giugno 2015, in *gruppodipisa.it*, 2015.

¹¹⁰ P. Heritier, *Clinica legale della disabilità, terzietà e giustizia*, in *Questione giustizia*, 2018.

¹¹¹ Anche sul piano normativo, dopotutto, si è evidenziato il passaggio da un'edilizia accessibile ai disabili a una edilizia sicura e agevole per qualunque potenziale fruitore, indipendentemente dall'esistenza di vere e proprie patologie e minorazioni: è richiamato più volte, nella definizione normativa, il principio in base al quale che le barriere architettoniche sono un ostacolo per “chiunque”, quindi non solo per particolari categorie di persone in condizioni di disabilità, ma per tutti i potenziali fruitori di un bene.

Se si agisse per migliorare questo aspetto, si produrrebbero degli effetti importanti – sul piano sociale, economico e giuridico – che andrebbero a incidere positivamente anche sui problemi di cui s'è detto nel momento in cui, nello scritto, si è considerata la seconda traiettoria: tra gli altri, ad esempio, si farebbe meglio comprendere ai progettisti quanto sia importante, soprattutto nel caso delle nuove costruzioni, progettare *per tutti*, facendo applicazione del criterio dell'Universal design¹¹²: così, si eviterebbe la stigmatizzazione della condizione delle persone disabili¹¹³ e si abbatterebbero i costi che si devono al contrario affrontare quando si devono apprestare, *ex post*, innovazioni atte ad adeguare il costruito alle esigenze di specifiche categorie di persone; in secondo luogo, si riuscirebbe ad assicurare, già in sede amministrativa, una più ampia e corretta applicazione delle norme che interessano le persone con particolari necessità: si riuscirebbe a garantire una effettiva tutela di quei singoli che, a causa di una ingiusta lettura restrittiva del concetto, non vengono considerati quali destinatari diretti delle norme di cui – giustamente – chiedono la concreta applicazione (e si eviterebbe, consequenzialmente, il successivo coinvolgimento del giudice amministrativo, che è spesso chiamato a intervenire *ex post* per riconoscere l'illegittimità di un'azione amministrativa lesiva)¹¹⁴.

¹¹² Il termine *Universal Design* è stato coniato nel 1985 dall'architetto americano Ronald Mace, costretto ad usare una sedia a ruote e un respiratore. Mace descrisse l'Universal Design come «la progettazione di prodotti e ambienti utilizzabili da tutti, nella maggior estensione possibile, senza necessità di adattamenti o ausili speciali». Il termine Universal Design, molto diffuso negli Stati Uniti, è stato in Europa riadattato in “Design for all”. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, all'art. 2, riprende il concetto definendo la progettazione universale come «la progettazione di prodotti, strutture, programmi e servizi utilizzabili da tutte le persone, nella misura più estesa possibile, senza il bisogno di adattamenti o di progettazioni specializzate». Lo stesso articolo precisa, comunque, che «la “progettazione universale” non esclude dispositivi di sostegno per particolari gruppi di persone con disabilità ove siano necessari».

¹¹³ Occorre evitare di apprestare, cioè, un “design apartheid” nei confronti delle persone con disabilità (l'espressione è di L. Foster, *Access to the Historic Environment: Meeting the Needs of Disabled People*, Donehead, Shaftesbury, 1997).

¹¹⁴ Il concetto di disabilità va interpretato in senso ampio «anche alla luce della nuova dimensione che ha assunto il diritto alla salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico» (*ex multis*, Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 2174). Alla luce di ciò, si deve ad esempio ritenere che la normativa concernente il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche, di cui alla l. n. 13/1989, sia applicabile anche alle persone che, in condizione dell'età avanzata, pur non essendo portatori di handicap, abbiano comunque disagi fisici e difficoltà motorie (cfr. Cons. St., n. 4824/2017, secondo cui «La norma agevolativa sul superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati (l. n. 13/1989) trova applicazione anche in presenza di persone

dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale

L'auspicio, intanto, è che anche il legislatore, preso atto delle difficoltà rilevate, molto spesso denunciate anche dai mass-media e generalmente note all'opinione pubblica, intervenga non solo per migliorare la materia, ma anche per sistematizzarla, posto che oggi essa appare governata da leggi e regolamenti numerosi e di non facile coordinamento (oltre che, spesso, di non facile lettura o interpretazione: come rilevato, infatti, molte delle questioni *supra* considerate – soprattutto in sede di seconda traiettoria – dipendono, concretamente, dall'applicazione pratica di un diritto positivo che, obiettivamente, non è del tutto chiaro)¹¹⁵.

Si potrebbe ad esempio valutare l'emanazione di un regolamento ove far confluire, coordinare e aggiornare le prescrizioni tecniche per l'eliminazione delle barriere architettoniche per gli edifici pubblici e privati e per gli spazi e i servizi pubblici o aperti al pubblico o di pubblica utilità, attualmente contenute nel d.P.R. n. 503/1996 e nel d.m. n. 236/1989.

In quest'azione decisoria, si auspica ch'esso, a tutela del diritto alla mobilità¹¹⁶, predisponga un sistema adeguato di monitoraggio¹¹⁷ e tenga debi-

che, pur non essendo diversamente abili secondo le condizioni previste dalle disposizioni specifiche sul punto, siano comunque affette da disagi fisici e difficoltà motorie seppure non accertate o certificate (ad esempio anziani, ma non solo, donne in stato di gravidanza, persone che spingono passeggini per bambini ecc.); nello stesso senso, Cass., n. 7938/2017, secondo cui la normativa di favore di cui alla l. n. 13/1989 si applica anche quando si tratti di persone anziane le quali, pur non essendo portatrici di disabilità vere e proprie, soffrano comunque di disagi fisici e di difficoltà motorie.

¹¹⁵ «L'esame dell'evoluzione della disciplina e di alcune delle pronunce della giurisprudenza in tema di eliminazione delle barriere architettoniche consente di affermare che, a distanza di oltre settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica e di più di mezzo secolo dai primi interventi di normazione, non sono ancora compiutamente attuati i principi di pari dignità ed eguaglianza delle persone con disabilità e non è adeguatamente garantito il loro diritto a una piena integrazione nella vita sociale, inducendo quindi a considerare indispensabile l'individuazione senza ulteriori dilazioni di strumenti di azione e tutela più efficaci» (V. Amato, *L'eliminazione delle barriere architettoniche, ambientali e sociali all'integrazione delle persone: elementi per un approfondimento e considerazioni minime*, in *Questione Giustizia*, 2018, 34 e ss.).

¹¹⁶ Si tratta di un vero e proprio *diritto alla mobilità*, poiché il diritto ad una vita autonoma passa anche – e talora soprattutto – attraverso la semplice possibilità di esercizio di un diritto alla autonomia nei movimenti nei luoghi pubblici e privati.

¹¹⁷ Nel Commento generale n. 2/2014, il Comitato di controllo della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ha evidenziato come in molti Stati parti manchi un adeguato meccanismo di monitoraggio per garantire l'effettiva attuazione degli standard di accessibilità e della legislazione pertinente (par. 10). Il Comitato ha raccomandato agli Stati di prevedere meccanismi di monitoraggio efficaci al fine di garantire l'accessibilità e monitorare le sanzioni nei confronti di chi non applica gli standard di accessibilità (par. 24).

tamente conto di quanto gli sarà rappresentato dai diretti interessati e dalle associazioni di categoria: è importante cioè che, prima di decidere, assicuri la partecipazione degli interessati al processo decisionale, applicando quanto espressamente disposto, sul piano sovranazionale, dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità¹¹⁸.

Abstract

The paper deals with the right of people with disabilities to access to the buildings of cultural interest.

In the first part of the paper, we try to verify the problems that people with disabilities have when they want to enjoy the cultural life of our country, through the access to the buildings of cultural interest.

In particular, we verify if the norms that rule the overcoming of the architectural barriers really manage to guarantee the inclusion of that persons in the cultural context of society.

In the second part, we try to understand whether and to what extent the right of people with disabilities to access to the (public or private) buildings of cultural interest is limited by the public interest in the conservation of the property for historical and artistic reasons.

Specifically, we study the relationship between the interest of accessibility, boasted by individuals, and the interest of the conservation of the tied asset, protected by the public administrations.

The analysis is carried out through the study of the administrative power of authorization of the Superintendency and through the analysis of the rules that regulate the interventions to overcome the architectural barriers.

¹¹⁸ L'art. 4 (Obblighi generali), par. 3, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità stabilisce un obbligo generale per gli Stati di consultare e coinvolgere attivamente le persone con disabilità, compresi i minori, attraverso le loro organizzazioni rappresentative, nello sviluppo e applicazione della legislazione e delle politiche volte ad attuare la Convenzione, come pure negli altri processi decisionali relativi a temi concernenti la disabilità. Invero, il secondo «Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità» (d.P.R. 12 ottobre 2017, pubblicato in Gazzetta Ufficiale serie generale 12 dicembre 2017, n. 289), nell'azione 1 dedicata ad «Area accessibilità, progettazione universale, abbattimento barriere architettoniche e senso- percettive», prevede la partecipazione delle organizzazioni rappresentative delle persone con disabilità proprio in attuazione dell'art. 4, par. 3, della Convenzione.

LUCA GALLI

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA PER INCARICHI EXTRA OFFICIO DEI DOCENTI UNIVERSITARI

SOMMARIO: 1. Il servitore di due padroni – 2. Il quadro normativo – 3. Le ragioni dell’incompatibilità – 4. Il regime generale per i pubblici dipendenti – 5. Incompatibilità e docenti universitari – 6. Le conseguenze della violazione: la sanzione – 7. (*segue*) ... e la responsabilità amministrativa – 8. Il danno erariale da “omesso versamento” e quello da “differenza retributiva” – 9. La concorrenza tra le ipotesi di danno o la loro alternatività – 10. Il problematico riparto di giurisdizione – 11. Conclusioni.

*«Oh bella! Ghe n'è tanti che cerca un padron, e mi ghe n'ho trovà do.
Come diavol oia da far? Tutti do no li posso servir.
No? E perché no? No la saria una bella cosa servirli tutti do, e guadagnar
do salari, e magnar el doppio?
La saria bella, se no i se accorresse. E se i se acorze, cossa pèrdio?»*
[C. GOLDONI, *Il servitore di due padroni*]

1. Il servitore di due padroni

Le settecentesche parole de “*Il servitore di due padroni*” bene riassumono una problematica giuridica quanto mai attuale all’interno delle pubbliche amministrazioni. Infatti, se dalla lettura delle opere goldoniane ci si sposta all’analisi della più recente giurisprudenza, in primo luogo dei giudici contabili¹, ivi si riscontrano innumerevoli pronunce concernenti pubblici dipendenti che, oltre a “servire” l’amministrazione di apparenza, abbiano cumulato ulteriori incarichi lavorativi, “servendo” interessi esterni, in viola-

¹ La presente ricerca è frutto dell’attività di analisi e massimazione della giurisprudenza della Corte dei conti svolta nell’ambito del progetto dell’Osservatorio giuridico sull’università, gestito dall’Università degli Studi di Milano-Bicocca. Le pronunce citate in questo contributo, dunque, sono consultabili sul sito internet dell’Osservatorio: www.osservatoriouniversita.unimib.it/.

zione di un regime normativo che tutt'oggi fa dell'unicità del rapporto con il datore di lavoro pubblico il suo fulcro centrale. Tra queste pronunce, poi, molteplici (e multiformi) sono quelle che concernono i docenti universitari, i quali vedono spesso nella libera professione una possibilità di valorizzazione delle conoscenze e delle competenze acquisite tramite lo studio e la riflessione scientifica.

Oggetto delle pagine successive, dunque, sarà il regime di cumulabilità degli incarichi pubblici e delle attività lavorative private, con uno sguardo rivolto ai componenti dell'accademia e un'analisi che si concentrerà soprattutto sul sistema "sanzionatorio" operante in caso di violazione del suddetto regime. L'intento è quello di evidenziare le numerose incertezze e criticità che ad oggi caratterizzano la materia, invitando a una riflessione e a un ripensamento indirizzato ad incentivare soluzioni che non trascurino nessuno dei numerosi principi e valori – anche e soprattutto costituzionali – coinvolti nelle fattispecie in esame.

2. Il quadro normativo

«Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio». Con questa breve disposizione l'art. 2105 c.c. disciplina la condizione del dipendente privato che voglia intraprendere una seconda attività lavorativa, ponendo al centro l'esigenza di evitare, nel caso concreto, ipotesi di conflitto di interessi.

Ben più complessa, invece, si rivela la disciplina delle incompatibilità per il pubblico dipendente e, nello specifico, per i docenti universitari². Allo

² Con specifico riferimento ai docenti universitari, in aggiunta alle opere che affrontano in generale il tema dell'incompatibilità dei pubblici dipendenti indicate nella successiva nota 3, vedasi anche G. Valditara, *Professori universitari – Riflessioni critiche sull'interpretazione giurisprudenziale del regime di incompatibilità dei professori universitari a tempo pieno nella legge Gelmini: la nozione di "consulenza" e di "attività libero-professionale"*, in *Giur. it.*, 2018, 178 ss.; N. Niglio, *La responsabilità per compensi percepiti da un dipendente pubblico per lo svolgimento di attività libero-professionali non autorizzate*, in *Lexitalia.it*, 2015; G. Camilleri, *Attività extraistituzionali autorizzabili per i pubblici dipendenti dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Lexitalia.it*, 2014; P. Cosmai, *La nuova disciplina delle incompatibilità dopo la legge anticorruzione*, in *Azienditalia – Il Personale*, 2013, 5 ss.; A. Vetro, *La giurisdizione della Corte dei conti sul danno erariale derivante da attività non autorizzate di pubblici dipendenti presso terzi, il cui compenso non viene riversato nel bilancio della p.a.*, in *Lexitalia.it*, 2012; G. Sicchiero, *Professione forense e docenza universitaria dopo la riforma del 2010*, in *Giur. it.*, 2011, 2532 ss.; S. Mainardi, *Collegio di disciplina, codice etico e incompatibilità*, in *La riforma dell'università tra legge*

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

stato attuale, i due fuochi attorno cui ruota l'intero sistema sono l'art. 53, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e l'art. 6, l. 30 dicembre 2010, n. 240. Il primo dispone le regole generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi, applicabili a tutti i pubblici dipendenti; il secondo disciplina lo specifico profilo relativo allo stato giuridico dei professori e dei ricercatori di ruolo. Questo binomio essenziale è poi integrato da ulteriori disposizioni tra cui spiccano gli artt. 60 ss., d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, sempre in materia di incompatibilità e cumulo di incarichi per tutti i dipendenti pubblici, e l'art. 11, d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, riguardante il regime temporale dei professori e ricercatori universitari.

Il risultato, tanto per i docenti universitari quanto per i dipendenti pubblici in generale, è sostanzialmente analogo. Gli incarichi *extra officio* possono essere ricondotti nell'ambito di tre categorie: i) attività del tutto incompatibili con l'impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione; ii) attività astrattamente incompatibili, ma che possono essere oggetto di specifica autorizzazione da parte del datore di lavoro pubblico; iii) attività liberamente esercitabili. Questo trinomio è frutto di un'evoluzione storica del sistema in cui si è potuto assistere a un passaggio da una disciplina di incompatibilità assoluta a una sua più recente relativizzazione, senza comunque mai giungere a una liberalizzazione delle attività esterne pari a quella prevista per i lavoratori privati.

3. Le ragioni dell'incompatibilità

La giustificazione di un sistema che da lungo tempo è incentrato attorno alla non cumulabilità delle attività pubbliche con quelle private viene tradizionalmente fatta risalire a previsioni di rango costituzionale: l'art. 98, c. 1, Cost. afferma, infatti, che «I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione»³. Questo principio ha così trovato attuazione lungo differenti

e statuti, a cura di M. Brollo e R. De Luca Tamajo, Milano, Giuffrè, 2011, 177 ss.; L. Capaldo, A. Dapas, M. Santini e L. Viola, *I professori universitari*, in *Il pubblico impiego non privatizzato*, a cura di D. Carinci, V. Tenore, A. Dapas e L. Viola, V. Milano, Giuffrè, 2010, 201 ss.

³ Questo profilo è uniformemente colto nelle opere che affrontano il tema dell'incompatibilità nel pubblico impiego. *Ex pluribus*, A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, Torino, Giappichelli, 2018, 138 ss.; R. De Luca Tamajo e O. Mazzotta, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano, Wolter Kluwer, 2018, 1848 ss. (spec. 1852); M. Marinelli, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia" – incompatibilità e incarichi*, in *Giur. it.*, 2018, 985 ss.; R. Morzenti Pellegrini, *Il regime di incompatibilità proprio dei docenti universitari a tempo pieno*, in *Lavoro nella p.a.*, 2016, 431 ss.; M. Ramajoli, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche*

direttrici tramite cui si sono motivati i limiti per il dipendente pubblico allo svolgimento delle attività *extra officio*.

L'esclusività sembra in prima battuta trovare concretizzazione nell'esigenza di assicurare la concentrazione delle energie lavorative dei dipendenti pubblici nel solo svolgimento delle pubbliche funzioni, a garanzia dell'efficienza della loro azione e, in generale, del buon andamento degli uffici pubblici. Ancora, la conservazione delle energie lavorative è accompagnata dall'esigenza di garantire l'imparzialità dell'agire amministrativo, preservando il pubblico dipendente da possibili conflitti di interesse. L'essere al servizio esclusivo della Nazione, infatti, significa assicurare «un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti»⁴, ponendosi il principio costituzionale in netta contrapposizione con il carattere dell'apparato amministrativo proprio del regime fascista, volto al perseguimento esclusivo degli interessi del partito unico⁵. Da qui prende le mosse l'interpretazione maggioritaria dell'esclusività quale corollario del principio di imparzialità, piuttosto che di quello del buon andamento: l'amministrazione – e quindi, in concreto, i suoi dipendenti – non è solamente tenuta mantenersi equidistante dagli interessi coinvolti nella sua azione, ma dovendo appunto “agire”, sarà chiamata a farlo nell'esclusivo perseguimento di quello che è il concreto interesse pubblico, evitando indebite influenze di

amministrazioni, in *Nuove autonomie*, 2014, 577 ss. (spec. p. 578-579); L. Galantino, *Diritto pubblico del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2014, 252 ss.; M. Rossi, *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le conseguenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, a cura di V. Tenore, Milano, Giuffrè, 2014, 120 ss. (spec. p. 123); M. D'Aponte, *Commento all'art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, in *Il diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, a cura di G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo e A. Maresca, III, Milano, Giuffrè, 2011, 873 ss. (spec. p. 879); Id., *Lo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, 965 ss.; M. T. Carinci e U. Carabelli, *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010, 263 ss.; M. Longo, *Incompatibilità del funzionario pubblico, principio di gerarchia e obblighi di collaborazione*, in *Al servizio della Nazione*, a cura di F. Merloni e R. Cavallo-Perin, Milano, Franco Angeli, 2009, 206 ss.; V. Tenore, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 1097 ss. Pur in riferimento alla disciplina ante 2001, vedasi anche S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, 595 ss.; M. Clarich e D. Ilaria, *La riforma del pubblico impiego*, San Marino, Maggioli Editore, 2000, 496 ss.; L. Paolucci, *Il regime delle incompatibilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci e M. D'Antona, Milano, Giuffrè, 2000, 1561 ss.; P. Virga, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000, 91 ss.

⁴ Così si esprime Costantino Mortati in sede di Assemblea Costituente. Seduta del 14 gennaio 1947, in A.C., VIII, 1864.

⁵ A. Saitta, *Art. 98*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Giappichelli, 2006, 1911. Vedasi anche C. Pinelli, *Il 1° comma dell'art. 98*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1994, 413.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

ulteriori interessi privatistici⁶. Imparzialità e buon andamento, tuttavia, sarebbero ben compatibili con un sistema – prossimo a quello privatistico – di valutazione caso per caso della compatibilità dell’incarico esterno, idoneo a verificare l’impegno materiale dallo stesso richiesto nonché la presenza di conflitti di interesse.

Un’ulteriore ragione ha però spinto verso il ricorso a un regime ben più stringente, caratterizzato fin dalla sua origine da ipotesi di incompatibilità aprioristicamente determinate dal legislatore. Una ragione preesistente all’esclusività quale principio costituzionale, come dimostra la lettura delle discipline antecedenti alla Costituzione relative allo stato giuridico degli impiegati civili della pubblica amministrazione⁷. Questa motivazione consiste nell’opportunità di tutelare il prestigio del pubblico dipendente e, di riflesso, dell’amministrazione, non consentendo lo svolgimento di attività esterne che possano apparire in qualche modo “degradanti”, perché esercitate al solo fine del conseguimento di un utile economico. Esse, infatti, mal si concilierebbero con l’immagine ideale e idealizzata del dipendente pubblico – «guida ed esempio» per colleghi e cittadini, nonché totalmente devoto all’interesse dell’amministrazione per il bene pubblico⁸ – che ancora caratterizzava lo statuto degli impiegati civili negli anni Cinquanta dello scorso secolo, come dimostrato dal d.P.R. n. 3/1957. Con gli artt. 60 ss., infatti, il decreto ultimo menzionato risolveva la problematica del cumulo di incarichi nel pubblico impiego affermando la drastica incompatibilità assoluta del lavoro nelle pubbliche amministrazioni con l’esercizio del commercio, dell’industria e della libera professione, nonché con ulteriori rapporti di lavoro subordinato alle dipendenze di altre amministrazioni pubbliche o di soggetti privati (come già accennato, gli artt. 60 ss. riproducono sostanzialmente quanto previsto dalla normativa precedente, in particolare l’art. 97, r.d. 30 dicembre 1923, n. 2960). Il carattere assorbente di tutte queste attività, che difficilmente si presterebbero ad essere svolte in via occasionale o saltuaria, ma anche la loro capacità di essere espressione di interessi individuali eventualmente confliggenti con quelli dell’ammirazione pubblica e

⁶ Vedasi M. Di Folco, *Art. 98, in La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevani, II, Bologna, il Mulino, 2018, 239 ss. Ancora, A. Saitta, *op. cit.*, 1914.

⁷ Vedasi il r.d. 30 dicembre 1923, n. 2960.

⁸ Vedasi, in tal senso, il contenuto degli artt. 11 e 13, d.P.R. n. 3/1957, rispettivamente disciplinati gli istituti della promessa solenne e del giuramento di fedeltà alla Repubblica, nonché i doveri del dipendente pubblico. In materia, P. Virga, *Il pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1991, 191 ss. Vedasi anche A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, Jovene, 1989, 304 ss.

le loro finalità meramente lucrative (questi ultimi due profili trovano piena espressione nel caso di esercizio del commercio, dell'industria e della libera professione) ne hanno così comportato l'affermato contrasto con l'esclusività che lega i dipendenti alla pubblica amministrazione.

4. Il regime generale per i pubblici dipendenti

Tuttavia, i dubbi sull'attualità di una siffatta lettura sono evidenti, come denota anche un semplice paragone tra il tenore del citato art. 13, d.P.R. n. 3/1957, e quello del più recente d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 che, nel definire il codice di comportamento dei pubblici dipendenti, perde quella connotazione idealistica che caratterizzava il testo del 1957⁹. Ancora, dubbi di attualità conseguono anche dalla considerazione del ruolo centrale riconosciuto al lavoro nella nostra Costituzione, sin dal suo art. 1, quale strumento di progresso non solo individuale, ma dell'intera collettività. Tale ruolo mal si concilia con il riconoscere – in via generale e senza valutazione alcuna nel caso concreto – un elemento di discredito nello svolgimento di un'attività lavorativa, per quanto aggiuntiva al pubblico impiego. Infine, se è il principio di esclusività ad essere la base del regime delle incompatibilità, il tema della “dignità” dell'incarico *extra officio* non sembra immediatamente suscettibile nel contenuto dall'art. 98, c. 1, Cost.

Ciononostante il legislatore, con la riforma della disciplina di incompatibilità e cumulo di impieghi confluita nell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001¹⁰, ha solo in parte superato le rigidità del sistema del 1957. “Solo in parte” perché all'introduzione di attività compatibili fa da contraltare la decisione di mantenere comunque in vita la previgente disciplina delle incompatibilità assolute, dando luogo alla tripartizione – attività incompatibili, autorizzabili e libere – richiamata nelle precedenti sezioni.

Così, prima di tutto, l'art. 53, c. 1, d.lgs. n. 165/2001 dispone un rinvio diretto agli artt. 60 ss., d.P.R. n. 3/1957, in tema di incompatibilità determinate *ex ante* dal legislatore. In secondo luogo, l'art. 53, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, individua una serie di incarichi che tutti i pubblici dipendenti possono svolgere, nel rispetto dei loro obblighi istituzionali, senza necessità di autorizzazione, anche qualora comportino la corresponsione di emolu-

⁹ Vedasi, in particolare, i doveri “aggiornati” del pubblico dipendente, fissati nell'art. 3, d.P.R. n. 62/2013.

¹⁰ Si noti che l'indirizzo espresso nell'attuale disciplina trova un'anticipazione nell'art. 58, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, poi sostituito dall'art. 53 in analisi.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

menti e sempre che non siano riconducibili per continuità e intensità ad attività libero-professionali: si tratta, dunque, delle cosiddette attività liberamente esercitabili. Già a una prima lettura, esse appaiono come attività capaci di dare lustro al dipendente e, di riflesso, all'amministrazione di appartenenza (collaborazione a giornali, riviste o enciclopedie; sfruttamento di opere di ingegno o partecipazione, quale relatore retribuito, a convegni) e in relazione alle quali sembra più difficile il configurarsi di un conflitto di interessi (per alcune ipotesi, d'altra parte, opera la messa in aspettativa del dipendente). Inoltre, si tratta di impieghi che – almeno sulla carta – si prestano ad essere svolti *una tantum*, o comunque saltuariamente, limitandone l'incidenza sull'efficienza del pubblico dipendente. Da qui la scelta del legislatore di rendere “libere” le attività elencate, ritenendo superflua un'autorizzazione caso per caso da parte dell'amministrazione di appartenenza¹¹.

Giungendo, infine, agli incarichi relativamente incompatibili, il c. 7 dell'art. 53 chiarisce che i pubblici dipendenti non possono svolgere incarichi retribuiti – diversi da quelli liberamente esercitabili – che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza, ponendo l'accento sull'esigenza di considerare, ai fini dell'autorizzazione, in primo luogo l'assenza di conflitti di interesse. Le attività in questione, oltre a essere differenti da quelle libere, saranno naturalmente diverse da quelle radicalmente incompatibili e, dunque, non autorizzabili. Pur in assenza di qualsivoglia elencazione normativa, è così possibile ricavare *a contrario* le caratteristiche di queste attività: infatti, se gli impieghi di natura “assorbente” e “continuativa” sono oggetto di incompatibilità assoluta in base alla disciplina *ex art.* 60, d.P.R. n. 3/1957, gli incarichi di cui all'art. 53, c. 7, d.P.R. n. 165/2001, non possono che avere natura occasionale o saltuaria, risultando incapaci di distrarre *in toto* il dipendente dall'attività istituzionale e, per questo, astrattamente autorizzabili. Allo stesso tempo, il volume di impegno degli incarichi in questione non può ritenersi presuntivamente compati-

¹¹ Si noti che la sottrazione di tali incarichi al regime autorizzatorio non ha escluso l'introduzione, tramite la normativa interna delle pubbliche amministrazioni, di obblighi di comunicazione preventiva circa lo svolgimento di attività libere al fine di permettere una valutazione *ex ante* sulla sussistenza di ipotesi di conflitto di interesse. In questo senso dispongono i regolamenti sulle attività esterne di vari atenei (per esempio, vedasi art. 8, c. 3, «Regolamento recante la disciplina del regime delle incompatibilità e del procedimento di rilascio delle autorizzazioni per l'assunzione di incarichi extraistituzionali ai Professori, Ricercatori a Tempo Indeterminato ed Assistenti» dell'*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna; art. 4, c. 4, «Regolamento per il rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento di incarichi retribuiti, non compresi nei compiti e doveri d'ufficio, dei professori e dei ricercatori a tempo pieno» dell'Università degli Studi di Milano; art. 5, c. 3, «Regolamento sugli incarichi esterni dei professori e ricercatori» dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca).

le, come per le attività libere, e, ugualmente, non possono ritenersi in via presuntiva insistenti ipotesi di conflitti di interesse, così da richiedere di volta in volta una valutazione della cumulabilità dell'incarico *extra officio* con il ruolo pubblico del singolo dipendente. Così, per esempio, i regolamenti dei vari atenei elencano fra le attività autorizzabili per i docenti quelle di arbitro, di traduttore, o di componente di organi ispettivi presso enti pubblici o privati, sempre preventivando il carattere "saltuario" di queste attività¹².

Quanto appena esposto, dunque, ha giustificato l'introduzione di un meccanismo autorizzatorio espressione dell'opportunità di bilanciare, in relazione al caso concreto, i principi di buon andamento ed esclusività con le conseguenze positive che queste attività *extra* istituzionali possono produrre in capo al singolo lavoratore e, più in generale, in capo all'amministrazione di appartenenza. L'incarico esterno, infatti, non deve essere considerato una mera occasione di ulteriore guadagno, ma deve poter trovare giustificazione nella peculiare esperienza e competenza professionale del dipendente, rendendo tale attività anche un'occasione di arricchimento dell'amministrazione, sia sotto il profilo della sua immagine, sia per l'ampliamento delle conoscenze del proprio dipendente¹³.

5. Incompatibilità e docenti universitari

Il quadro appena completato mostra una parziale modernizzazione della disciplina generale delle incompatibilità, in cui l'esclusività del pubblico impiego continua a prevalere – spesso senza possibilità di bilanciamento nel caso concreto – su altri principi, quali la centralità del lavoro nel nostro ordinamento e il pieno sviluppo dell'individuo.

A questa parziale modernizzazione, d'altra parte, corrisponde un legislatore che non è mai stato capace di cogliere appieno la specialità del settore universitario. Sicuramente le attività *extra-officio* possono costituire una distrazione di energie e impegno per il docente, così come per tutti i pubblici dipendenti, ma proprio per la categoria in analisi esse possono assumere una peculiare valenza. Gli incarichi esterni, infatti, sono capaci di divenire un lu-

¹² Si vedano, ad esempio, i regolamenti relativi agli incarichi e alle attività esterne dei docenti dell'Università Ca' Foscari di Venezia, dell'*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna e dell'Università degli Studi di Trento.

¹³ In tal senso, M. Rossi, *Incompatibilità, incarichi e consulenze*, cit., 186. Per un'analisi di quelli che dovrebbero essere i punti chiave oggetti di valutazione nel procedimento autorizzatorio, vedasi, *ex pluribus*, C. conti, sez. Lombardia, 25 novembre 2014, n. 216 e Id., 14 dicembre 2016, n. 214.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

go privilegiato di concreta sperimentazione delle teorie scientifiche formate in ambito accademico, nonché occasione di arricchimento per il docente in grado di riverberarsi anche sulla sua attività didattico-formativa rivolta agli studenti¹⁴. In questo senso, d'altra parte, si è già espresso lo stesso Giudice delle leggi che, pur in riferimento a un insegnante di scuola media statale, ha riconosciuto «l'influenza positiva che all'attività didattica può derivare dalla pratica professionale: questa, invero, arricchendo il patrimonio culturale del docente con l'esperienza concreta, può consentire, anche in relazione al continuo progresso delle varie discipline, un insegnamento non limitato ad un'astratta problematica, ma aderente al continuo divenire della realtà»¹⁵.

La specialità della condizione dei docenti universitari, d'altronde, risulta dallo stesso art. 53, c. 6 e 7, d.lgs. n. 165/2001, che, se da un lato sottrae i docenti a tempo definito dal regime autorizzatorio, accomunandoli ai dipendenti *part-time*, dall'altro delega a statuti e regolamenti universitari il compito di disciplinare i criteri e le procedure per il rilascio delle autorizzazioni allo svolgimento delle attività parzialmente incompatibili. Tuttavia, come già accennato, il regime di cumulo per i docenti universitari si presenta sostanzialmente identico a quello generale dei pubblici dipendenti, con una staticità della relativa disciplina protrattasi per gli ultimi quarant'anni. Infatti, con l'art. 11, d.P.R. n. 382/1980, si è in primo luogo ribadita l'incompatibilità assoluta dell'incarico di professore a tempo pieno con l'esercizio del commercio, dell'industria nonché con lo svolgimento della libera professione. Solo ai professori che abbiano optato per il regime di tempo definito, in conformità con quanto generalmente previsto per i pubblici dipendenti in regime di tempo parziale, viene espressamente consentito lo svolgimento di attività professionali, di incarichi retribuiti e di attività di consulenza continuativa.

Dalla appena esposta distinzione deriva poi un duplice corollario. Da un lato, si afferma l'impossibilità per i docenti a tempo definito di ricoprire cariche accademiche, come quelle di rettore, preside, membro elettivo del consiglio di amministrazione, direttore di dipartimento e direttore dei corsi di dottorato. Dall'altro, l'opzione per il tempo pieno dà diritto a una maggiorazione stipendiale rispetto al tempo definito¹⁶. Appare così evidente come

¹⁴ L. Paolucci, *Il regime delle incompatibilità*, cit., 1563. Più di recente, il concetto è stato ribadito da M. D'Aponte, *L'autorizzazione dei dipendenti pubblici allo svolgimento degli incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, cit., 965 ss. e Id., *Commento all'art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, in *Il diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, a cura di G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo e A. Maresca, cit., 903; A. Saitta, *Art. 98*, cit., 1917.

¹⁵ C. cost., 23 dicembre 1986, n. 284.

¹⁶ Per i professori, vedasi l'art. 36, d.P.R. n. 382/1980, per i ricercatori, l'art. 2, d.l. 2 marzo 1987, n. 57.

l'intento perseguito da questa disciplina sia quello di premiare chi si dedica esclusivamente all'attività accademica, senza impoverire l'Università – sotto il profilo del personale e dell'esperienza – di coloro che svolgono anche una libera professione. Come già colto in dottrina, la parziale apertura alla libera professione ha però avuto un effetto contrario, ossia di incentivazione della scelta del tempo definito: non solo la maggiorazione stipendiale garantita in caso di regime a tempo pieno difficilmente può reggere il passo coi guadagni ipotizzabili in caso di svolgimento della libera professione¹⁷, ma anche la riserva delle cariche accademiche difficilmente può fungere come incentivo per la scelta del tempo pieno, essendo le stesse percepite come un onere e come una fonte di responsabilità aggiuntive piuttosto che come un onore¹⁸. Non pienamente incisive, d'altra parte, sono le ulteriori attività qualificate dall'art. 11 come compatibili con l'incarico a tempo pieno: si tratta, in primo luogo, di attività non propriamente “esterne”, come la partecipazione alle attività di consulenza affidate alle Università o la partecipazione agli organi di consulenza tecnico-scientifica dello Stato e di altri enti pubblici.

L'impianto del d.P.R. n. 382/1980, trascorsi trent'anni, è stato confermato senza sostanziali modifiche dall'art. 6, l. n. 240/2010. L'esercizio del commercio e dell'industria restano assolutamente incompatibili con il ruolo di docenti, mentre lo svolgimento di attività libero-professionali e di lavoro autonomo, anche continuative, resta invece appannaggio dei soli professori/ricercatori a tempo definito, che potranno esercitarle liberamente stante la sottrazione di tale categoria di docenti al regime autorizzatorio, ai sensi

¹⁷ Sull'inadeguatezza dell'incremento retributivo si è espresso in via incidentale, ma estremamente chiara, il Giudice delle leggi. Così C. Cost., 31 marzo 1988, n. 376, per cui «ritiene la Corte di dover rilevare come la differenza del trattamento economico, che forma oggetto di questo giudizio, abbia una consistenza minima, se non addirittura irrisoria. Pertanto, la sua esclusione non è affatto idonea ad incidere negativamente su uno degli scopi essenziali della riforma universitaria, ossia quello, autorevolmente posto in rilievo, di ricondurre gli studiosi ai doveri primari della ricerca e dell'insegnamento sulla base di una libera scelta, sostenendone anche con un'adeguata retribuzione la vocazione esclusiva agli studi. La mancata realizzazione di tale finalità, suscettibile di compromettere l'effettivo progresso culturale e quindi l'evoluzione socio-economica del Paese, si ricollega ad un complesso di cause, tra cui rientra sicuramente anche la mancata previsione di una congrua retribuzione, tale da compensare i mancati guadagni della libera professione. Perciò la Corte, pur non potendo riconoscere, per insuperabili ragioni tecnico-giuridiche, la fondatezza della questione, relativa ad un emolumento economicamente insignificante, non può non auspicare che la riforma universitaria possa avere, nell'ulteriore fase di attuazione, i necessari ed opportuni miglioramenti anche sotto l'aspetto retributivo».

¹⁸ Così A. Trojsi, *Il lavoro dei docenti universitari*, in *Lav. dir.*, 1999, 79 ss. (spec. 106). Vedasi anche F. Carinci, *L'elezione a Preside di Facoltà di professori con regime di impiego a tempo definito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1098 ss.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

dell'art. 53, c. 6, d.lgs. n. 165/2001. Ancora, l'art. 6, c. 10, puntualizza ulteriormente le attività liberamente esercitabili dai professori a tempo pieno¹⁹, originando tuttavia una mera specificazione, spesso ridondante, dell'elenco già contenuto nell'art. 53, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, senza dunque una sostanziale esaltazione della specialità del ruolo di docenti universitari²⁰.

L'unica novità sostanziale è sembrata, quanto meno in prima lettura, la liberalizzazione dell'attività di consulenza anche per i docenti a tempo pieno: da un lato, con la novella del 2010 si sarebbe superato il divieto assoluto imposto dall'art. 11, d.P.R. n. 382/1980, dall'altro, si sarebbe sottratta quest'attività al regime autorizzatorio, consentendone il libero svolgimento. Sennonché la giurisprudenza ha chiarito che l'attività di consulenza in questione non può essere concepita come qualcosa di diverso dalla collaborazione scientifica, a cui è accostata nel testo legislativo e di cui conserva la stessa natura e caratteristiche. L'attività di consulenza, dunque, non può in ogni caso coincidere, confondendosi, con l'attività libero-professionale: questi incarichi possono così essere diretti alla soluzione di questioni teoriche, ma non fornire risoluzione a problematiche concrete del soggetto che richiede il parere. Una diversa lettura, infatti, consentirebbe ad un docente a tempo pieno di svolgere qualsiasi attività genericamente definita "di consulenza" retribuita, senza un effettivo controllo da parte dell'ateneo, dando luogo a un contrasto con le incompatibilità assolute *ex art.* 60, d.P.R. n. 3/1957, integralmente operanti nei suoi confronti²¹. Da ciò si desume che, per i professori a tempo pieno, permane il divieto di espletamento di attività libero-professionale in assoluto, se svolta con continuità, e la necessità di previa autorizzazione dell'Ateneo di appartenenza in relazione all'attività occasionale "di consulenza" non prettamente teorica²².

A fronte del quadro appena descritto, se le attività esterne possono

¹⁹ Vengono incluse l'attività di valutazione e di referaggio, lo svolgimento di lezioni e seminari di carattere occasionale, l'attività di collaborazione scientifica e di consulenza, l'attività di comunicazione e divulgazione scientifica e culturale, nonché le attività pubblicistiche ed editoriali.

²⁰ Si guardino, ad esempio, le lett. *a)*, *b)*, e *c)* dell'art. 53, c. 6, ampiamente sovrapponibili alla possibilità di svolgere lezioni e seminari occasionali oppure di svolgere attività pubblicistiche o editoriali.

²¹ Così C. conti, sez. I app., 17 marzo 2017, n. 180. Vedasi anche C. conti, sez. Emilia-Romagna, 6 novembre 2017, n. 2014. Sul tema vedasi i già citati R. Morzenti Pellegrini, *Il regime di incompatibilità proprio dei docenti universitari a tempo pieno*, cit., 461 ss. e G. Valditara, *Professori universitari – Riflessioni critiche sull'interpretazione giurisprudenziale del regime di incompatibilità dei professori universitari a tempo pieno nella legge Gelmini: la nozione di "consulenza" e di "attività libero-professionale"*, cit., 178 ss.

²² Così, da ultimo, C. conti, sez. Sicilia, 7 maggio 2019, n. 287.

essere foriere di benefici tanto per gli accademici quanto per gli atenei di appartenenza, il legislatore non sembra averlo colto. In caso di tempo pieno, come per i pubblici dipendenti in generale, opereranno le tre ipotesi di attività assolutamente incompatibili *ex artt.* 60 ss., d.P.R. n. 3/1957, attività autorizzabili e attività libere, senza che l'art. 6, l. n. 240/2010, sia stato capace di produrre particolari novità. In caso di tempo definito, invece, si ripropone il binomio tra attività assolutamente incompatibili *ex artt.* 60 ss., d.P.R. n. 3/1957, e attività libere che caratterizza anche i lavoratori pubblici *part-time*, stante la sottrazione di entrambi al regime autorizzatorio, con la possibilità di svolgere attività libero-professionali e di lavoro autonomo, anche continuative, purché non in conflitto di interesse con l'ateneo di appartenenza.

6. Le conseguenze della violazione: la sanzione

L'esito della ricostruzione appena effettuata, dunque, è quello di un sistema non scevro di aporie. Né migliore fortuna sembra avere la disciplina delle conseguenze della sua violazione, la quale risulta tutto fuorché immune da ambiguità e inefficienze, come dimostrerà l'analisi della giurisprudenza riguardante proprio i docenti universitari.

In primo luogo, l'art. 63, d.P.R. n. 3/1957, in relazione alle incompatibilità assolute, individua l'obbligo per l'amministrazione di diffidare il dipendente dal cessare l'attività incompatibile entro quindici giorni dalla diffida. Qualora esso non si conformi, è prevista la decadenza automatica dall'impiego. D'altro canto, la conformazione del dipendente alla diffida non escluderà ipotesi di responsabilità disciplinare. Particolare, poi, è il caso di assunzione di un ulteriore impiego pubblico. In questa ipotesi, infatti, è il legislatore a prevedere, all'art. 65, che tale assunzione comporti la cessazione di diritto dall'impiego instaurato per primo, senza alcuna previa diffida e senza possibilità di scelta da parte delle amministrazioni coinvolte. Le medesime previsioni sono poi replicate, con specifico riferimento ai docenti universitari, dall'art. 15, d.P.R. n. 382/1980.

Passando all'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, il c. 7 prevede espressamente che «in caso di inosservanza del divieto [di svolgere attività non autorizzate], salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato a incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti». Come dimostrerebbe l'utilizzo dell'espressione «salve la più gravi sanzioni»,

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

dunque, il legislatore sembra aver introdotto una specifica sanzione amministrativa, il cui ammontare è ancorato ai compensi esterni indebitamente percepiti, che le amministrazioni di appartenenza potranno applicare al proprio dipendente in aggiunta alle eventuali sanzioni esistenti e facendo salve le ipotesi di responsabilità disciplinare nonché, implicitamente, quelle civile e penale²³. L'applicabilità della sanzione anche al datore di lavoro esterno, in alternativa al dipendente, supporta ulteriormente tale qualificazione, escludendone una natura meramente privatistica, ossia strettamente legata ai poteri datoriali che la pubblica amministrazione può esercitare nei confronti dei propri dipendenti, ma non di soggetti terzi.

Di diverso avviso si è dimostrato il giudice amministrativo, quanto meno nel suo orientamento maggioritario, chiamato a conoscere della questione a fronte dell'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori con cui gli atenei hanno dato attuazione alle previsioni del c. 7. Si noti che l'attribuzione di tali controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo è applicazione del criterio tracciato dagli artt. 3 e 63, d.lgs. n. 165/2001: rientrando i docenti universitari tra il personale tuttora in regime di diritto pubblico, il giudice del lavoro per queste controversie resta il giudice delle pubbliche amministrazioni. Quest'ultimo ha solitamente negato la natura di sanzione amministrativa pecuniaria all'istituto disciplinato dal c. 7, qualificandolo come una sanzione civilistica di natura patrimoniale, alla quale il datore di lavoro pubblico può affiancare anche sanzioni di tipo disciplinare²⁴, oppure come misura reale di destinazione dei compensi in assenza di una preventiva autorizzazione²⁵ o, ancora, come un'ipotesi di responsabilità contrattuale del pubblico dipendente che non ha osservato i propri doveri d'ufficio²⁶, negando l'applicazione delle regole dettate dalla l. 24 novembre 1981, n. 689. Non

²³ Per uno sguardo sul sistema complessivo delle responsabilità del pubblico dipendente, vedasi V. Tenore, L. Palmara e B. Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, Giuffrè, 2013. In riferimento ai docenti universitari, per esempio, l'indebita percezione del trattamento retributivo versato dall'ateneo di appartenenza, pur in presenza di una situazione di incompatibilità, può configurare gli estremi del reato di truffa aggravata ai danni dello Stato. Quanto alla responsabilità disciplinare, l'esito del procedimento dipenderà dai contenuti del codice disciplinare, dalle circostanze della fattispecie concreta (per esempio, la natura dell'attività lavorativa espletata senza autorizzazione, la sua durata, ecc.), nonché dall'applicazione dei principi di proporzionalità e gradualità della sanzione.

²⁴ TAR Basilicata, sez. I, 8 giugno 2011, n. 344.

²⁵ TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 13 giugno 2018, n. 576; TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 5 giugno 2017, n. 191; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 21 maggio 2018, n. 848; TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 24 marzo 2016, n. 3753.

²⁶ TAR Campania, Napoli, sez. II, 12 giugno 2015, n. 3191; TAR Veneto, sez. I, 11 novembre 2014, n. 1375.

sono mancate, tuttavia, pronunce di senso contrario, che hanno qualificato il provvedimento adottato dall'amministrazione come atto amministrativo di natura autoritativa, negandone la natura civilistica²⁷, o che hanno affermato l'applicabilità ad esso delle disposizioni della l. n. 689/1981²⁸.

Si noti che la differente qualifica come sanzione amministrativa o come misura privatistica non è priva di immediate conseguenze sostanziali, evidenziate dalla stessa giurisprudenza in questione, quale, per esempio, il differente termine di prescrizione. Infatti, nel ritenere applicabile l'art. 28, l. n. 689/1981, il Consiglio di Stato ha riconosciuto un termine di prescrizione quinquennale per il credito vantato dall'amministrazione²⁹, mentre la qualifica del c. 7 come espressione di un'ipotesi di responsabilità contrattuale ha portato altri giudici amministrativi a riconoscere un termine di prescrizione decennale al credito vantato dall'amministrazione³⁰.

7. (segue) ... e la responsabilità amministrativa

D'altra parte, fulcro della disciplina sulle conseguenze della violazione del regime di cumulo di incarichi è il c. 7-*bis* dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001. Questa previsione è stata introdotta con la l. 6 novembre 2012, n. 190, nell'ambito delle varie disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione ivi contenute, principalmente al fine di semplificare il regime "sanzionatorio" del cumulo di cariche, in modo da garantirne chiarezza ed effettività. Così, ai sensi del c. 7-*bis*, «l'omissione del versamento del compenso [ai sensi del c. 7] da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti»³¹.

Con un passaggio sufficientemente ardito, già a una prima lettura, il legislatore ha dunque sfruttato il particolare legame tra il pubblico dipen-

²⁷ Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2018, n. 5944.

²⁸ Cons. St., sez. II, parere 30 aprile 2018, n. 1129.

²⁹ Cons. St., sez. II, n. 1129/2018.

³⁰ TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 3191/2015.

³¹ In realtà, come si vedrà in seguito, le sezioni unite della Corte di cassazione, già nel 2011, avevano riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti in relazione al danno scaturito dall'omessa autorizzazione e dal conseguente omesso riversamento delle retribuzioni esterne, così da rendere il nuovo comma 7-*bis* una disposizione meramente ricognitiva di un già esistente orientamento giurisprudenziale. Così Cass., sez. un., 2 novembre 2011, n. 22688 e Id., 22 dicembre 2015, n. 25769. Si rimanda, comunque, alle prosegua del presente scritto per l'approfondimento e l'analisi del successivo *revirement* giurisprudenziale.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

dente e l'amministrazione per qualificare il mancato pagamento della sanzione *ex c. 7* come uno specifico impoverimento prodotto dal dipendente in capo all'amministrazione di appartenenza, capace di integrare un'ipotesi di responsabilità erariale. Sicuramente la scelta di trasformare normativamente un credito sanzionatorio in un'ipotesi di responsabilità amministrativa non è scevra di interrogativi teorici e di inconvenienti pratici, primo tra tutti quello inerente al rapporto tra questa responsabilità e la sanzione *ex c. 7*, che non è stata eliminata dalla novella del 2012. Apparendo l'omesso versamento della sanzione come presupposto logico della responsabilità erariale, non sono mancati dubbi e contrasti interpretativi circa i legami tra giudizio contabile *ex c. 7-bis* e procedimento sanzionatorio *ex c. 7*: a chi ha sostenuto l'autonomia e l'indipendenza del primo sul secondo, sicché il mancato svolgimento (o la pendenza) del procedimento non preclude l'avvio dell'azione erariale³², si contrappone la posizione di chi ritiene che il procedimento amministrativo dovrebbe precedere sempre e comunque il giudizio innanzi alla Corte di conti, concernendo questo un'ulteriore fase connessa e conseguente all'accertamento della violazione del dovere di autorizzazione e al mancato versamento dell'emolumento percepito³³. Ancora, se si qualifica il *c. 7* come sanzione amministrativa, essa impone la verifica in sede procedimentale dell'effettiva qualifica di dipendente pubblico del soggetto sanzionato (docente universitario, nel nostro caso), della condotta *contra legem* (assunzione di incarichi esterni senza autorizzazione) e dell'elemento psicologico (dolo o colpa) caratterizzante la condotta stessa, mentre il credito sanzionatorio conseguirà dal provvedimento con cui si irroga la sanzione, che a sua volta costituisce titolo esecutivo. Dall'altro lato, affinché possa sussistere la responsabilità amministrativa, si dovrà necessariamente verificare in giudizio la presenza dei suoi componenti strutturali, quali il rapporto di impiego, la condotta lesiva, il danno erariale, l'elemento psicologico e il nesso causale. La gran parte di questi elementi coincidono con quelli che l'amministrazione deve esaminare in sede sanzionatoria, dando luogo a problematiche sia di *bis in idem* sia, soprattutto, di eventuale contrasto tra gli esiti del procedimento amministrativo e del processo erariale. Paradossale, infatti, apparirebbe la situazione in cui il

³² C. conti, sez. II app., 14 marzo 2019, n. 82; C. conti, sez. Emilia-Romagna, 28 febbraio 2019, n. 33; Id., 25 giugno 2018, n. 125. Così anche C. conti, sez. Lombardia, 29 settembre 2017, n. 140.

³³ TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, n. 191/2017; TAR Puglia, Bari, sez. II, 30 dicembre 2016, n. 1484; TAR Campania, Napoli, n. 3191/2015; TAR Veneto, sez. I, n. 1375/2014. Ancora TAR Puglia, Lecce, sez. II, 7 febbraio 2018, n. 142, la quale afferma che l'azione innanzi ai giudici contabili presuppone che l'amministrazione di appartenenza del dipendente "infedele" abbia «vanamente coltivato l'azione restitutoria delle somme indebitamente percepite».

procedimento sanzionatorio si concludesse con la non applicazione della sanzione, mentre il giudizio sulla responsabilità erariale – che come accennato può essere considerato autonomo e indipendente dal primo – terminasse con il riconoscimento della responsabilità per omesso versamento della sanzione.

Se queste sono le premesse, si può fin da subito dubitare dell'efficacia della novella del 2012 quanto al perseguimento degli obiettivi che ne hanno giustificato l'introduzione. Come già sottolineato, con il c. 7-*bis* si è cercato di fare chiarezza, da un lato specificando le conseguenze della violazione della normativa sul cumulo di cariche, ossia tipizzando un'ipotesi di responsabilità erariale, mentre dall'altro si è inteso dirimere i dubbi in materia di riparto di giurisdizione, riservando queste controversie al giudice contabile. A ciò, in un'ottica di lotta alla "corruzione" caratterizzante l'intero impianto normativo della l. n. 190/2012, si aggiunge anche la volontà di assicurare l'applicazione delle "sanzioni" per la violazione della normativa sul cumulo di incarichi, facendo in modo che il recupero dei compensi extra professionali ricada nelle attribuzioni delle procure contabili, senza lasciarlo nelle sole mani delle amministrazioni di appartenenza del dipendente infedele.

8. Il danno erariale da "omesso versamento" e quello da "differenza retributiva"

Per verificare quanto il c. 7-*bis* sia stato capace di raggiungere i propri obiettivi concreti, piuttosto che creare ulteriori incertezze e interrogativi, naturale cartina tornasole è data dai contenuti delle pronunce giurisdizionali, *in primis* proprio dei giudici contabili.

Incominciando con le conseguenze della violazione della normativa sul cumulo di cariche da parte dei docenti universitari, l'aspetto maggiormente problematico è quello della definizione dei danni che si producono in capo alla pubblica amministrazione e, di conseguenza, delle voci di danno che il docente può essere chiamato a risarcire. Per danno erariale, infatti, si è tradizionalmente intesa la perdita di beni o denaro, o la mancata acquisizione di incrementi patrimoniali che il dipendente cagiona all'amministrazione³⁴.

³⁴ Vedasi, in questo senso, A. Police, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, a cura di F.G. Scoca, Padova, Cedam, 90 ss. Così anche A. Altieri, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, cit., 9; F.M. Pagliara, *La responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro. Presupposti soggettivi ed elementi costitutivi della fattispecie*, in *Responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, a cura di V. Castiglione e A. Pizzoferrato, cit., 58; L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, Giappichelli, 2002, 274 ss.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

D'altra parte, qualsiasi danno può assumere rilievo, poiché sia le ipotesi lesive sia le condotte in grado di generarle sono atipiche, per quanto non manchino casi in cui il legislatore abbia proceduto a una loro tipizzazione³⁵. Come già detto, uno di questi casi si ravvisa proprio nella disciplina in analisi: l'art. 53, c. 7-*bis*, individua un'ipotesi specifica di responsabilità amministrativa derivante dallo svolgimento di incarichi esterni non autorizzati, in cui (più o meno razionalmente) l'impoverimento della pubblica amministrazione corrisponde al mancato versamento della somma oggetto della sanzione pecuniaria *ex* comma 7. Questa tipizzazione, tuttavia, si pone in antitesi con la progressiva dilatazione del concetto di bene e patrimonio pubblico ritenuto risarcibile a fronte di condotte lesive del pubblico dipendente³⁶. Da ciò l'opportunità di verificare se il legislatore sia stato capace di vincolare i magistrati contabili alla contestazione (e al riconoscimento) della sola ipotesi tipizzata di responsabilità, oppure se le corti, nella loro attività concreta, abbiano ravvisato altre ipotesi di danno, quali per esempio il danno all'immagine³⁷, quello

³⁵ Sulla atipicità del danno erariale e su un suo tentativo di classificazione, vedasi G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., 122 ss. Sull'atipicità delle condotte capaci di generarlo, V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 60 ss. e 267.

³⁶ In questo senso, per prima, C. conti, sez. I, 15 maggio 1973, n. 39. Per una riflessione su di essa, A. Police, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, cit., 93 ss. Ancora, sull'ampiamiento del concetto di bene e di patrimonio pubblico al di là delle "mere res", L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile quindici anni dopo la regionalizzazione: problemi attuali e prospettive future*, in *Seminari sulla responsabilità*, a cura di P. Falzea e L. Ventura, Milano, Giuffrè, 2013, 131 ss. (spec. 146 ss.); F. Fracchia, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 669 ss.; F.M. Pagliara, *La responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro. Presupposti soggettivi ed elementi costitutivi della fattispecie*, cit., 59 ss.; F. Garri, G. Damiccio, A. Lupi, P. Della Ventura e L. Venturini, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti, pensioni*, Milano, Giuffrè, 2007, 239 ss.

³⁷ Anche la configurabilità di un danno all'immagine quale particolare espressione del danno erariale è stata il frutto della direzione, seguita dalla giurisprudenza contabile, verso l'ampiamiento dei beni pubblici risarcibili. Oggi la contestabilità di tale danno trova conferma nell'art. 56, c. 6, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 (Codice del processo contabile). In materia di danno all'immagine, vedasi V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 291 ss.; G. Bottino, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, cit., 757 ss.; L. D'Angelo, L. Monfeli, A. Napoli e B. Pezzilli, *L'obbligo di denuncia. I poteri di rimozione. La prescrizione. L'archiviazione. Il danno all'immagine*, in *La giustizia contabile. Dal regolamento di procedura al nuovo codice*, a cura di F. Mastragostino e S. Pilato, Bologna, Bononia University Press, 2017, 218 ss.; A. Altieri, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, cit., 97 ss.; F.M. Pagliara, *La responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro. Presupposti soggettivi ed elementi costitutivi della fattispecie*, cit., 60 ss.; A. Chiappiniello, *La responsabilità amministrativa nel giudizio dinanzi alla Corte dei Conti*, cit., 124 ss.; W. Cortese, *La responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione*, cit.; L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, cit., 282 ss.

da disservizio³⁸ o quello conseguente alla lesione degli interessi generali (su tutti, nel caso in esame, l'esclusività e il buon andamento della pubblica amministrazione)³⁹.

Ciò posto, numerose pronunce dei giudici erariali hanno in effetti dato puntuale applicazione all'art. 53, c. 7-*bis*, ravvisando, in relazione ai docenti universitari che abbiano svolto attività incompatibili, esclusivamente l'ipotesi di responsabilità ivi tipizzata⁴⁰. Così, un docente a tempo pieno che per sedici anni abbia ricoperto cariche in società commerciali e svolto attività libero-professionali, entrambe non autorizzabili né in ogni caso oggetto di richiesta di autorizzazione, è stato condannato al versamento in favore dell'ateneo di appartenenza dei proventi ottenuti nel summenzionato lasso di tempo per le attività *extra-officio* esercitate, stante la loro assoluta incompatibilità⁴¹. Questo a fronte della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa, quali: l'evidente rapporto di pubblico impiego; la condotta lesiva, comprensiva sia dello svolgimento dell'attività incompatibile che dell'omesso versamento dei compensi esterni in favore dell'ateneo; l'elemento psicologico, riconducibile quanto meno a colpa a fronte di una noncuranza delle norme in materia di cumulo di incarichi non scusabile in considerazione dell'elevato livello culturale del convenu-

³⁸ Per danno da disservizio può intendersi quello capace di comportare una concreta diminuzione di efficienza dell'apparato pubblico, che si traduca in una mancata, ridotta o qualitativamente inadeguata prestazione del servizio da parte del dipendente. In materia, V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 320 ss.; G. Bottino, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, cit., 785 ss.; A. Altieri, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, cit., 144 ss.; P. Santoro, *L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa*, cit., 404 ss.; F.M. Pagliara, *La responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro. Presupposti soggettivi ed elementi costitutivi della fattispecie*, cit., 64 ss.; A. Chiappiniello, *La responsabilità amministrativa nel giudizio dinanzi alla Corte dei Conti*, cit., 121 ss.; L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, cit., 291 ss.

³⁹ Proprio in relazione alla configurabilità del danno erariale come lesione di interessi pubblici generali si era espressa la summenzionata C. conti, sez. I, n. 39/1973. Si rimanda ancora, dunque, ad A. Police, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, 93 ss.; V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 267; F. Garri, G. Damiccio, A. Lupi, P. Della Ventura e L. Venturini, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti, pensioni*, cit., 249 ss.; L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, cit., 273-274.

⁴⁰ Vedasi, C. conti, sez. Emilia-Romagna, n. 33/2019; C. conti, sez. Liguria, 5 luglio 2018, n. 217; C. conti, sez. Emilia-Romagna, n. 125/2018; Id., 29 giugno 2017, n. 150; Id., 17 ottobre 2017, n. 203; Id., 18 ottobre 2017, n. 205; Id., 20 ottobre 2017, n. 206; Id., 12 aprile 2016, n. 61; C. conti, sez. III app., 20 settembre 2016, n. 459; C. conti, sez. Liguria, 7 novembre 2015, n. 88; Id., 22 ottobre 2015, n. 83; Id., 15 giugno 2015, n. 38; Id., 8 giugno 2015, n. 37.

⁴¹ C. conti, sez. Liguria, n. 217/2018.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

to; nonché l'innegabile nesso di causalità, avendo la condotta contraria alla legge fatto sorgere un obbligo inadempito di riversamento dei compensi esterni⁴². Quanto al danno, il pubblico ministero e il giudice contabili rispettivamente chiedono e riconoscono esclusivamente il danno *ex art. 53, c. 7-bis*, corrispondente all'impoverimento causato all'ateneo di appartenenza per il mancato riversamento delle retribuzioni.

Guardando ad altre pronunce, tuttavia, risulta chiaro come la previsione introdotta nel 2012 non sia stata capace di precludere il riconoscimento di differenti voci di danno. Si fa riferimento, nello specifico, ad un ulteriore filone giurisprudenziale che riconduce all'assunzione di incarichi esterni incompatibili o non autorizzati una diversa lesione sofferta dall'amministrazione di appartenenza, legata al rispetto dell'obbligo di esclusiva e conseguente all'indebita erogazione delle retribuzioni pubbliche nel periodo in cui il docente perdurava nello svolgimento di attività incompatibili⁴³. Così, un docente a tempo pieno di medicina, che contestualmente all'incarico accademico abbia svolto attività libero-professionale presso studi e case di cura private, è stato chiamato a risarcire il danno per la violazione del rapporto di esclusività corrispondente alla differenza tra la retribuzione percepita, quale docente a tempo pieno, e quella che avrebbe dovuto percepire, quale docente a tempo definito, ossia la retribuzione propria del regime d'impiego compatibile con lo svolgimento dell'attività libero-professionale. Trattandosi di responsabilità erariale, anche in questo caso la condotta e il danno contestati sono accompagnati dalla verifica dell'elemento psicologico, con un'ipotesi di dolo riconducibile alla chiarezza del dettato normativo e alla volontarietà della sua violazione, nonché del nesso di causalità, in quanto la violazione delle norme di legge sul rapporto di esclusività viene ritenuta capace di produrre, in via automatica, il summenzionato danno⁴⁴.

È chiaro, pertanto, che la disciplina *ex art. 53, c. 7-bis* «configura [...] un danno diverso da quello oggetto dei presenti giudizi⁴⁵». Il danno *sub c. 7-bis*

⁴² Vedasi anche C. conti, sez. Emilia-Romagna, n. 150/2017.

⁴³ Tra questa giurisprudenza, vedasi C. conti, sez. II app., 10 settembre 2018, n. 536; C. conti, sez. Sicilia app., 15 maggio 2018, n. 107; C. conti, sez. I app., 30 maggio 2017, n. 182; C. conti, sez. Sicilia, 4 luglio 2017, n. 416; C. conti, sez. Liguria, 9 ottobre 2017, n. 155; C. conti, sez. I app., 2 marzo 2017, n. 65; C. conti, sez. III app., 15 dicembre 2016, n. 653; Id., 6 ottobre 2016, n. 514; C. conti, sez. Campania, 30 aprile 2015, n. 305; C. conti, sez. Puglia, 7 agosto 2015, n. 413; C. conti, sez. Liguria, 16 aprile 2015, n. 26; C. conti, sez. Liguria, 31 luglio 2014, n. 100.

⁴⁴ C. conti, sez. Sicilia, n. 416/2017, confermata in appello da C. conti, sez. Sicilia app., n. 107/2018.

⁴⁵ Cfr. C. conti, sez. Puglia, n. 413/2015. In senso analogo, C. conti, sez. III app., n. 653/2016; C. conti, sez. Emilia-Romagna, 6 febbraio 2014, n. 14.

comporta una lesione diretta del patrimonio delle università, non avendo i propri dipendenti corrisposto una somma che avrebbero dovuto pagare in adempimento di un'obbligazione sanzionatoria; poco conta che questa sanzione operi a tutela dell'esclusività dell'impiego pubblico. Nel danno da "differenza retributiva", invece, ad essere immediatamente lesi sono l'efficienza e il proficuo svolgimento della funzione pubblica, che hanno come presupposto l'esclusivo utilizzo delle energie lavorative del dipendente. Questa lesione si traduce monetariamente nell'impoverimento causato all'ateneo per la corresponsione di remunerazioni in eccesso – pari alla differenza tra "retribuzione a tempo pieno" e "retribuzione a tempo definito", se il docente a tempo pieno ha svolto attività compatibili con il regime a tempo definito (su tutte, la libera professione) – o *in toto* non dovute – pari alla totalità della retribuzione, se il docente ha svolto attività incompatibili anche con il regime a tempo definito e che dunque non gli avrebbero mai consentito di conservare il suo incarico accademico⁴⁶. In altre parole, il dovere di esclusiva rappresenta un contenuto fondamentale della prestazione lavorativa del pubblico dipendente, sicché una parte della retribuzione sarebbe corrisposta per remunerare questa specifica prestazione di "esclusività". Dunque, se questa prestazione non viene resa, ne risulta alterato il sinallagma contrattuale (indipendentemente dal corretto adempimento degli ulteriori obblighi lavorativi) in quanto una parte della retribuzione è corrisposta senza una corrispondente controprestazione, con conseguente danno per il datore di lavoro pubblico⁴⁷.

Concludendo qui la descrizione di due primi filoni giurisprudenziali è evidente come l'intervento legislativo del 2012 non abbia garantito alcuna certezza nella definizione delle conseguenze erariali della violazione del regime sulle incompatibilità: per quanto tipizzata, la responsabilità da omesso versamento di cui al c. 7-*bis* non è l'unica voce di danno contestata ai docenti universitari. Non solo, ma il danno da omesso riversamento delle retribuzioni esterne non è nemmeno necessariamente oggetto di contestazione e riconoscimento da parte dei magistrati erariali, venendo da alcune corti "sostituito" con il danno da lesione dell'esclusività.

Per di più, la giurisprudenza sopra descritta denota un'utilizzazione impropria dello stesso c. 7-*bis*. Infatti, la sanzione di cui al c. 7, e quindi anche la successiva responsabilità amministrativa, dovrebbero operare solo

⁴⁶ Ciò, tuttavia, non ha escluso argomentazioni "confuse" in cui, per esempio, i giudici contabili legittimano la propria giurisdizione sul danno da "differenza" non tramite un ragionamento sulla natura della responsabilità amministrativa, ma richiamando impropriamente la giurisdizione esclusiva *sub* art. 53, c. 7-*bis*, d.lgs. n. 165/2001. Vedasi C. conti, sez. Campania, n. 305/2015 e C. conti, sez. I app., n. 65/2017.

⁴⁷ In tal senso C. conti, sez. Liguria, n. 155/2017.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

in relazione alle attività autorizzabili (ma non autorizzate), e non anche in relazione ad ipotesi di incompatibilità assoluta, rispetto alle quali è intrinsecamente insensato pretendere che il docente domandi autorizzazione alcuna. Tuttavia, come descritto, i giudici hanno chiesto la riversione anche di compensi conseguiti per attività libero-professionali o imprenditoriali⁴⁸. In questi ultimi casi, data l'assoluta incompatibilità, avrebbe invece avuto più senso richiedere solamente il danno da "differenza retributiva", avendo il docente ricevuto un compenso che l'ateneo non gli avrebbe corrisposto qualora fosse stato a conoscenza delle attività esterne dallo stesso svolte, come testimoniato anche dall'ulteriore conseguenza, disciplinata dall'art. 63, d.P.R. n. 3/1957, della decadenza dal pubblico impiego previa diffida.

9. La concorrenza tra le ipotesi di danno o la loro alternatività

Gli orientamenti appena descritti, tuttavia, non sono gli unici esistenti in tema di conseguenze della violazione del regime di incompatibilità.

Infatti, se nei casi precedentemente esposti ad essere contestato è o il danno da "omesso versamento" oppure quello da "differenza retributiva", non sono mancate pronunce che hanno affermato a chiare lettere la cumulabilità delle due voci. Limpide esponenti di questa categoria sono la sentenza della Corte dei conti, sez. Lombardia, 31 gennaio 2017, n. 14, e il relativo appello, che ne ha confermato i contenuti⁴⁹. La fattispecie riguarda un docente-medico universitario, soggetto al regime a tempo pieno, che aveva svolto attività libero-professionale non autorizzata. Delle quattro voci di danno contestate, due concernono il rapporto di impiego con l'azienda ospedaliera e due il rapporto con l'università, traducendosi queste ultime proprio nel danno da "differenza retributiva" e nel danno da "omesso riversamento" delle somme percepite per le attività *extra officio*. Quanto al danno da "differenza retributiva", i giudici contabili argomentano concisamente circa la sua inevitabile configurabilità: il risarcimento sarebbe in ogni caso dovuto perché «è dato oggettivo ed empirico inconfutabile» che l'attività *extra* accademica «comporta fatalmente» una minor presenza universitaria, così da rendere priva di giustificazione la maggiorazione stipendiale prevista per il tempo pieno. Quanto al danno da "omesso riversamento", i giudici ne sottolineano la riconducibilità a un'ipotesi di responsabilità tipica, in cui la

⁴⁸ In modo esplicito quanto all'applicazione del regime autorizzatorio anche alle attività assolutamente incompatibili, vedasi C. conti, sez. III app., 21 luglio 2016, n. 345.

⁴⁹ C. conti, sez. I app., 1° marzo 2018, n. 97.

somma da rifondere al datore è predeterminata per legge, ma la valutazione dell'ineseguito obbligo restitutorio e della connessa responsabilità soggiace all'accertamento della sussistenza degli altri presupposti del giudizio di responsabilità erariale. Sussistenza, in ogni caso, quasi tautologica, in quanto una condotta di "mancato pagamento" in favore dell'ateneo di un docente configura *in re ipsa* sia il danno, sia il nesso di causalità, sia il rapporto di servizio, mentre l'elemento psicologico (quanto meno la colpa) viene fatto agevolmente discendere dall'elevato grado di preparazione del docente che non gli consente di ignorare la vigente disciplina. Di particolare rilievo è poi la chiara affermazione in base a cui non sia da condividere l'indirizzo di qualche isolata pronuncia per cui «mettere a carico del docente tanto l'onere del riversamento all'Università dei compensi extraistituzionali, quanto [della differenza di] retribuzione darebbe luogo a un'ingiustificata duplicazione della sanzione o del risarcimento»⁵⁰. I due obblighi risarcitori ("omesso versamento" e "differenza retributiva") trarrebbero origine da autonome e concorrenti ragioni giuridiche, a fronte di un duplice danno patito dalle casse pubbliche, legittimando il cumulo delle voci⁵¹.

Passando alla decisione in appello, essa appare pienamente confermativa della pronuncia di primo grado. Un unico passaggio merita di essere evidenziato: nel respingere le tesi dell'appellante, i giudici contabili ipotizzano l'astratta configurabilità, in relazione alle condotte di un docente "infedele", di un'ulteriore voce di danno, il danno da disservizio⁵². In relazione ad esso, dunque, la lesione non si configurerebbe come un nocumento *in re ipsa* ai principi di fedeltà, esclusività e funzionalità della pubblica amministrazione (come nel caso del danno da "differenza retributiva"), né nell'omesso versamento di una sanzione posta a salvaguardia dei medesimi "beni" (come nel caso del danno *ex c. 7-bis*), ma di un effettivo scadimento, in qualità e quantità, delle prestazioni lavorative rese dal dipendente pubblico.

Per concludere il quadro degli orientamenti giurisprudenziali relativi alle conseguenze della violazione della disciplina sul cumulo di incarichi per i docenti, non resta che dare notizia di quell'indirizzo già citato (e criticato) dai giudici lombardi nella pronuncia riportata all'inizio di questa sezione. Si tratta, in altre parole, di quelle decisioni in cui le procure della Corte dei

⁵⁰ C. conti, sez. I app., 10 giugno 2014, n. 836.

⁵¹ Analoga alla pronuncia C. conti, sez. Lombardia n. 14/2017 è anche C. conti., sez. Friuli Venezia-Giulia, 29 giugno 2018, n. 47. I giudici, anche in questa decisione, sono stati altrettanto chiari nell'affermare che il danno da "omesso riversamento" costituisca un pregiudizio ontologicamente distinto da quello concernente l'indebita percezione dell'indennità per il rapporto a tempo pieno.

⁵² C. conti, sez. I app., n. 97/2018, punto 5 della motivazione.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

conti hanno chiesto non in cumulo, ma in alternativa, le due voci di danno sopra esaminate, oppure siano stati gli stessi giudici contabili a negarne espressamente la cumulabilità. Così, a fronte di un docente che abbia svolto attività esterna libero-professionale e di lavoro dipendente, i pubblici ministeri contabili hanno contestato in giudizio un'unica voce di danno erariale, in relazione alla quale hanno formulato "una duplice ipotesi di calcolo". Il *quantum* risarcibile potrebbe corrispondere, secondo l'indirizzo seguito in questi giudizi, o al totale dei redditi esterni percepiti o, in alternativa, alla differenza stipendiale, rimettendo ai giudici la scelta tra le due soluzioni⁵³.

Differente, invece, è l'ipotesi in cui i pubblici ministeri abbiano contestato le due distinte voci di danno, ma i giudici ne abbiano riconosciuto l'alternatività. Così, si è affermato che per quanto il danno da "omesso riversamento" e da "differenza retributiva" siano due fattispecie distinte, il loro cumulo darebbe luogo a una violazione del *ne bis in idem*. Ciò perché, una volta che il giudice accerta lo svolgimento di incarichi non autorizzati e condanna alla restituzione delle somme indebitamente percepite, si rispanderebbe il diritto dell'interessato alla percezione della piena retribuzione connessa allo *status* giuridico. Questo a meno che non si dimostri la generazione di una diversa posta di danno: un danno da disservizio, individuabile nello svolgimento di un'attività lavorativa nei confronti dell'università qualitativamente e quantitativamente inferiore rispetto a quella contrattualmente prevista per il docente⁵⁴.

In conclusione, con due letture completamente diverse, i giudici riconoscono o meno la plurioffensività della condotta dei docenti e, dunque, la cumulabilità delle voci di danno, configurando conseguenze fortemente differenti sul piano concreto del *quantum* da risarcire in capo ai docenti "infedeli". Un'analogia infedeltà, dunque, non garantisce medesime conseguenze, la cui portata non dipende da un completo e univoco tessuto normativo, ma da altalenanti e differenti orientamenti giurisprudenziali.

10. Il problematico riparto di giurisdizione

Prima di terminare la rassegna giurisprudenziale, alcune parole meritano di essere spese anche in relazione all'altro obiettivo perseguito tramite

⁵³ Tra queste, C. conti, sez. Emilia-Romagna, 29 settembre 2014, n. 137; Id., 6 novembre 2017, n. 2014; Id., 31 ottobre 2017, nn. 209-210-211.

⁵⁴ Così C. conti, sez. Lazio, 26 marzo 2018, n. 251. Prima ancora, vedasi la già citata C. conti, sez. I, n. 836/2014.

l'introduzione del c. 7-bis. La novella del 2012, infatti, non parer essere riuscita a fornire immediata risoluzione neanche alla problematica dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione e ciò sempre in conseguenza dell'ardita e teoricamente dubbia scelta di trasformare normativamente un credito sanzionatorio in un danno erariale.

Prima di tutto, incertezze sul giudice chiamato a risolvere queste controversie conseguono dalle caratteristiche stesse della responsabilità contabile. In materia, la giurisprudenza è da lungo tempo consolidata nell'affermare che la giurisdizione penale e civile o amministrativa (quale giudice del lavoro), da un lato, e la giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti e concorrenti, anche quando investono lo stesso fatto materiale⁵⁵. Soffermandoci sui rapporti con il giudice amministrativo (quale giudice del lavoro per i docenti universitari), ammessa l'assenza di pregiudizialità o dipendenza con il giudizio contabile, si può affermare la piena possibilità che due azioni giurisdizionali volte al risarcimento dei danni patiti da un ateneo per le condotte di un proprio docente pendano davanti ai due differenti giudici (amministrativo e contabile), senza conflitto di giurisdizione alcuno: l'una attivata direttamente dall'amministrazione danneggiata, l'altra dalla procura regionale della Corte dei conti; la prima a tutela della specifica lesione subita dalla singola amministrazione, la seconda a generale protezione della finanza pubblica⁵⁶. Solo una condanna passata in giudicato, se ritenuta totalmente satisfattiva della lesione patita dall'amministrazione, dovrebbe poter comportare l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'azione innanzi al giudice contabile, e viceversa. Altrimenti a tale condanna, anche se definitiva, potrà essere riconosciuto solamente un effetto riduttivo, ma non paralizzante, dell'azione giurecontabile, rimettendo ogni valutazione al giudice dell'esecuzione, al quale spetterà evitare una duplicazione risarcitoria in favore della parte pubblica⁵⁷.

⁵⁵ Così Cass., sez. un., 4 gennaio 2012, n. 11. Sui rapporti tra giurisdizioni, in dottrina, V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 41 ss.; A. Altieri, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, cit., 81 ss.; P. Santoro, *L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa*, cit., 544 ss.; A. Chiappiniello, *La responsabilità amministrativa nel giudizio dinanzi alla Corte dei Conti*, cit., 203 ss.; V. Romano, *Caratteri del processo e rapporti con gli altri giudizi*, in *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, a cura di F.G. Scoca, cit., 224 ss.

⁵⁶ Vedasi anche G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., 387 ss. (spec. p. 390).

⁵⁷ La dottrina si è da lungo tempo espressa a favore dell'esclusività della giurisdizione contabile in materia di responsabilità amministrativa, di modo da evitare una duplicazione di processi inefficiente e costosa (tanto per la parte pubblica, quanto per quella privata). Così, chiaramente, F.G. Scoca, *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, a cura di Id., cit., 9 ss., in cui

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

Nella materia del cumulo di incarichi tale aspetto (già di per sé poco razionale) risulta amplificato, rilevando sotto più profili proprio in conseguenza delle scelte del legislatore del 2012: da un lato, il c. 7-*bis* introduce un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice contabile quanto al danno da omesso riversamento, dall'altro, nulla sembra impedire agli atenei di far valere direttamente gli ulteriori profili di danno – su tutti, quello da differenza retributiva – anche davanti al giudice amministrativo. Ma, soprattutto, il vero *punctum dolens* è un altro: se il c. 7-*bis* attribuisce al giudice erariale la giurisdizione esclusiva in relazione al danno da omesso versamento, nulla impedisce alle amministrazioni di attivarsi in sede sanzionatoria per il recupero delle stesse somme, così come nulla sembra poter sottrarre al giudice amministrativo la contestazione da parte del docente della sanzione irrogata dall'amministrazione *ex c. 7*⁵⁸. Dunque, in relazione al cumulo di incarichi dei docenti universitari, le controversie apparterranno al giudice contabile se ad attivarsi siano i pubblici ministeri contabili o al giudice amministrativo se ad attivarsi per il risarcimento del danno o per l'applicazione della sanzione siano direttamente le amministrazioni. Oppure, ancora, a tutti e due i giudici contemporaneamente, qualora tanto gli atenei quanto i pubblici ministeri contabili si attivino congiuntamente: questo, per le suesposte caratteristiche della responsabilità erariale, non ingenererebbe alcun conflitto di giurisdizione, pur dando luogo a una situazione “scomoda”, tanto per il docente, costretto a difendersi in più sedi per la medesima condotta, quanto per gli apparati amministrativi e giurisdizionali, chiamati a una duplicazione degli sforzi e a un utilizzo inefficiente delle proprie risorse organiche.

Inoltre, al di là delle difficoltà nell'individuare il giudice chiamato a risolvere la controversia e delle conseguenti inefficienze, non può trascurarsi come la scelta di una giurisdizione piuttosto che un'altra abbia nel caso di specie conseguenze più che mai concrete in termini di incisività della condanna: non si può ignorare, infatti, il peculiare potere riduttivo dell'addebito che è tradizionalmente riconosciuto alla Corte dei conti in relazione al danno erariale, e che invece non è riscontrabile in capo al giudice amministrativo nelle controversie relative ai pubblici dipenden-

l'Autore parla di «conseguenza illogica ed al limite dell'assurdo»; ancora, V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 44 ss.; G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., 394. Per una critica giurisprudenziale a questo parallelismo tra giurisdizioni, C. conti, sez. Lombardia, 7 maggio 2019, n. 94.

⁵⁸ Vedasi, da ultimo, la già citata C. conti, sez. Lombardia, n. 94/2019 che, a fronte della sopravvivenza della giurisdizione del giudice civile/amministrativo in relazione all'ipotesi sanzionatoria, nega si possa parlare propriamente di una giurisdizione esclusiva del giudice contabile.

ti⁵⁹. Ci si può dunque chiedere fino a che punto sia equo un sistema che consenta la comminazione di due “sanzioni” quantitativamente differenti in relazione alla medesima condotta, affidando il tutto al “fato”, ossia all’eventualità che un soggetto pubblico piuttosto che un altro decida di attivarsi per l’applicazione della “sanzioni” stesse⁶⁰.

Guardando allo *status quo*, è necessario fare riferimento agli orientamenti formati in seno alla Corte di cassazione, nel suo ruolo di giudice del riparto. Si è già accennato alle pronunce del 2011 e del 2015 in base alle quali si è riconosciuta al c. 7-*bis* dell’art. 53, d.lgs. n. 165/2001, una portata meramente ricognitiva di un consolidato orientamento giurisprudenziale⁶¹. In base a tale orientamento, l’obbligo di chiedere le autorizzazioni per le attività *extra officio* e il conseguente obbligo di riversare gli importi percepiti sarebbero obblighi (strumentali) relativi all’esercizio delle funzioni pubbliche, la cui violazione comporterebbe sempre e comunque la giurisdizione del giudice contabile per il danno consistente nell’omesso versamento delle retribuzioni esterne. Questo indirizzo, però, è stato presto messo in dubbio da altre due pronunce, in cui le stesse sezioni unite hanno negato che, prima dell’introduzione del c. 7-*bis*, potesse dirsi indiscutibile la giurisdizione contabile le volte in cui non emergesse un profilo ulteriore rispetto al mancato introito per la pubblica amministrazione dei compensi corrisposti da terzi ai propri dipendenti⁶². Si è sottolineata, dunque, l’importanza di distinguere il concetto di mera reversione del profitto, oggetto della sanzione *ex c. 7*, dall’esistenza di un danno erariale. Con un cambiamento di rotta le sezioni unite sembrano pertanto suggerire che l’omissione dell’autorizzazione, ma anche l’omissione del riversamento dell’importo, non siano idonee a generare un danno erariale, dando luogo solamente a una mera richiesta

⁵⁹ Sul potere riduttivo dell’addebito quale elemento di specialità della responsabilità amministrativa, vedasi A. Police, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, cit., 141 ss. Vedasi anche V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 349, il quale mette in luce come «non competendo analogo potere al giudice ordinario [...] il lavoratore che venisse convenuto innanzi all’a.g.o. e non innanzi alla Corte dei conti per la refusione del danno causato alla p.a., si vedrebbe esposto ad una condanna di importo assai maggiore: da qui l’irragionevolezza di tale doppio binario». Ancora, sul potere riduttivo, G. Bottino, *Responsabilità amministrativa per danno all’erario*, cit., 790; Id., *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., 418 ss.; R. Capunzo, *La potestà riduttiva dell’addebito erariale: una ipotesi di “discrezionalità” del giudice contabile*, in *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, a cura di D. Crocco, Napoli, Jovene, 2014, 303 ss.; A. Altieri, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, cit., 49 ss.

⁶⁰ In questo senso, anche C. conti, sez. Lombardia, n. 94/2019.

⁶¹ Cass. sez. un., nn. 22688/2011 e 25769/2015.

⁶² Cass., sez. un., 28 novembre 2016, n. 19072 e Id., 5 aprile 2018, n. 8688.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

di pagamento, a un credito sanzionatorio. Di talché, la giurisdizione contabile si radicherebbe solo qualora il cumulo di cariche abbia dato origine ad effettive voci di danno, come il danno all'immagine o da sottrazione di energie lavorative. Altrimenti le controversie relative al pagamento della sanzione appartengono al giudice del lavoro (amministrativo, per i docenti), sia che siano attivate dal dipendente in contestazione della sanzione stessa, sia che siano attivate dall'amministrazione per il recupero della somma dovuta⁶³. Per quanto i giudici del riparto abbiano deciso espressamente di non pronunciarsi sulla situazione *post* l. n. 190/2012, non essendo rilevante per le fattispecie controverse, antecedenti alla novella del 2012, la Corte di cassazione sembra comunque suggerire un sostanziale "svuotamento" del comma 7-*bis*: mancando un danno erariale, rimarrebbe concretamente priva di senso la previsione della giurisdizione contabile in relazione all'omesso riversamento dei compensi esterni, spettando all'amministrazione attivarsi in

⁶³ Questi arresti sono stati confermati anche dalla giurisprudenza più recente: Cass., sez. un., 19 gennaio 2018, n. 1415; Id., 9 marzo 2018, n. 5789; Id., 28 maggio 2018, n. 13239; Id., 3 agosto 2018, n. 20533. Per completezza, si richiama anche Cass. civ., sez. un., 29 novembre 2018, n. 30753, la quale ha dichiarato inammissibile il ricorso poiché il ricorrente aveva già proposto ricorso preventivo per motivi di giurisdizione *ex art. 41 c.p.c.*: ricorso che era sfociato proprio nella summenzionata Cass., sez. un., n. 22688/2011. Sulla natura sanzionatoria del c. 7 e sulla qualifica dell'omesso riversamento come credito sanzionatorio e non come danno erariale, vedasi soprattutto Cass., sez. un., n. 1415/2018 per cui «In primo luogo milita in tal senso il tenore letterale della norma [...] Il fare salve "le più gravi" sanzioni anziché le "sanzioni" *tout court* oggettivamente conferisce anche al versamento *de quo* la medesima natura sanzionatoria, ancor più evidente se si considera il carattere disincentivante proprio della sanzione, desumibile dalla coincidenza dell'entità del versamento con quella delle somme indebitamente percepite dal pubblico dipendente, affinché questi sappia in partenza di non poter trattenere vantaggio alcuno da prestazioni che si appresti a svolgere in violazione del dovere di fedeltà. [...] A ciò si aggiunga – sempre per escludere che l'art. 53, c. 7, cit. delinea una pretesa risarcitoria in capo all'amministrazione per danno erariale – che la prestazione resa dal pubblico dipendente a favore di terzi non necessariamente implica un danno per l'amministrazione (ben potendo il pubblico dipendente aver correttamente adempiuto tutti gli altri obblighi lavorativi malgrado lo svolgimento di altra attività non autorizzata) e che la previsione d'una fattispecie determinativa di danno risulterebbe dissonante con la quantificazione del risarcimento in misura invariabilmente coincidente (nulla di più, nulla di meno) con gli emolumenti indebitamente percepiti dal pubblico dipendente. D'altronde, [...], se il mero percepire da terzi determinati compensi costituisce di per sé ipotesi di responsabilità erariale, dovrebbe – a rigore – essere attivata soltanto ad iniziativa della procura della Corte dei conti. Ma vi osta il tenore letterale dell'art. 53, c. 7, cit., che prevede l'obbligo di versamento dell'indebito compenso a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore: è chiaro che in nessun caso la procura della Corte dei conti potrebbe agire per danno erariale nei confronti dell'erogante, poiché per definizione autore di danno erariale può essere soltanto un soggetto che agisca [...] per conto della pubblica amministrazione [...].»

sede procedimentale per recuperare tali importi e, in caso di controversie, al giudice amministrativo (per i docenti universitari) risolverle⁶⁴.

Ciò non ha tuttavia “scoraggiato” il giudice contabile, che – in relazione alle ipotesi in cui sia applicabile la novella del 2012 – ribadisce fermamente la propria giurisdizione. Da un lato, lo fa richiamando l’innegabile contenuto testuale dell’art. 53, c. 7-*bis*, che – al di là di ogni possibile elucubrazione – ha “creato” quest’ipotesi di responsabilità amministrativa, espressamente attribuendola alla giurisdizione della Corte dei conti⁶⁵. Dall’altro, afferma la propria giurisdizione sostenendo che il danno *ex c. 7-bis* non consisterebbe nel solo impoverimento dell’amministrazione per omesso riversamento delle remunerazioni esterne, ossia nel mancato pagamento di una sanzione, ma consisterebbe nella lesione diretta dei principi di buon andamento e imparzialità, quali *res publicae* violate dalla condotta del dipendente⁶⁶. Questa lettura, d’altra parte, sembrerebbe avvicinare sensibilmente la responsabilità da “omesso riversamento” a quella da “differenza retributiva”, stante la sostanziale identità del danno, e dunque inviterebbe, ora più che mai, a un ripensamento quanto alla cumulabilità delle due voci.

11. Conclusioni

Acquisita consapevolezza circa l’incertezza che domina l’intera materia, è palese l’esigenza di una riflessione.

Con l’obiettivo di superare le ambiguità in tema di riparto di giurisdizione, il legislatore del 2012 ha fittiziamente trasformato un credito dell’amministrazione, conseguente all’applicazione di una sanzione, in un danno erariale, come evidenziato anche dalla più recente giurisprudenza delle sezioni unite⁶⁷. Ciò, tuttavia, non ha fatto altro che produrre un risultato opposto, legittimando la moltiplicazione di processi e procedimenti ammi-

⁶⁴ Anche il giudice amministrativo si è mostrato favorevole all’interpretazione per cui il mancato riversamento dei compensi esterni assumerebbe rilievo solo come mancato adempimento di una sanzione, come credito della dell’amministrazione, e non come danno dalla stessa patito, sicché la giurisdizione del giudice contabile sarebbe configurabile solo in presenza di ulteriori profili di danno, come il danno da immagine o il danno da effettiva sottrazione di energie lavorative a discapito della pubblica amministrazione. Così Cons. St., sez. II, n. 1129/2018; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 gennaio 2018, n. 200; Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2016, 5506.

⁶⁵ C. conti, sez. Lombardia, n. 94/2019.

⁶⁶ C. conti, sez. II app., 14 marzo 2019, n. 82.

⁶⁷ Cass., sez. un., n. 1415/2018; Id., n. 5789/2018; Id., n. 13239/2018; Id., n. 20533/2018.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

nistrativi difficilmente coordinabili tra loro. Da un lato, è palesemente illogico un sistema che consenta la contemporanea pendenza del procedimento amministrativo, chiamato ad applicare la sanzione il cui omesso pagamento dia luogo alla responsabilità amministrativa, e del processo contabile tramite cui questa responsabilità viene fatta valere⁶⁸. Ancora più illogico è consentire lo svolgimento del processo contabile prima che il procedimento amministrativo si sia svolto, che la sanzione sia stata applicata e che sia stata data la possibilità al dipendente di procedere al riversamento, la cui mancanza darebbe origine al danno erariale⁶⁹. Dall'altro lato, è palesemente inefficiente un sistema che consenta la contemporanea pendenza del giudizio amministrativo, avente ad oggetto l'impugnazione della sanzione o l'esecuzione del credito sanzionatorio, e un giudizio erariale riguardante il presunto danno consistente nell'omesso pagamento della sanzione⁷⁰. Non solo, ma il sistema risulterebbe anche palesemente ingiusto perché costringerebbe il docente (o il dipendente pubblico in generale) a difendersi su più fronti, chiamandolo a sopportare una moltiplicazione dei "costi" che andrebbe ben al di là della sola moltiplicazione delle figure di danno erariale.

Se una sanzione doveva essere introdotta, sarebbe stato più sensato – a fini semplificatori – ricorrere a un'ipotesi di sanzione pecuniaria applicata direttamente dalla Corte dei conti, oggi disciplinata esplicitamente nell'art. 133 del codice della giustizia contabile, ma in concreto esistente già da prima della codificazione⁷¹. Questa scelta avrebbe evitato di dover "trasformare" una sanzione vera e propria in un'ipotesi di responsabilità amministrativa, nonché avrebbe fugato ogni dubbio sul giudice competente, rimettendo responsabilità e sanzioni tutte al giudice contabile ed evitando la moltiplicazione di processi e procedimenti. Si noti che parte della giurisprudenza ha cercato di dar luogo a questo processo di razionalizzazione, qualificando i

⁶⁸ Sulla reale configurabilità di questa situazione si rimanda alle già richiamate C. conti, sez. Emilia-Romagna, n. 125/2018 e C. conti, sez. Lombardia, n. 140/2017.

⁶⁹ Così però si è espressa la già esposta giurisprudenza contabile. In senso contrario, invece, si richiamano le summenzionate pronunce dei giudici amministrativi, per cui l'azione contabile sarebbe esperibile solo all'insuccesso della contestazione in via amministrativa; vedasi TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, n. 191/2017; TAR Puglia, sez. II, n. 1484/2016; TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 3191/2015; TAR Veneto, sez. I, n. 1375/2014.

⁷⁰ Favorevole all'autonomia dei due processi, *ex pluribus*, C. conti., sez. Liguria, n. 217/2018.

⁷¹ Per un riassunto di queste ipotesi di esercizio diretto del potere sanzionatorio da parte del giudice contabile, nonché per uno sguardo critico circa l'ammissibilità di tali ipotesi, vedasi S. Cimini, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in *federalismi.it* (2014).

c. 7 e 7-bis quali sanzioni *ex art.* 133⁷². Per quanto il risultato appaia condizionale, esso non sembra razionalmente raggiungibile sulla base dell'attuale formulazione della norma: il legislatore ha chiaramente ipotizzato un danno erariale – e, dunque, una responsabilità amministrativa risarcitoria – conseguente al mancato riversamento della sanzione *ex comma* 7, distinto dalla sanzione stessa⁷³. In aggiunta, non si può trascurare come l'art. 133, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, richieda che le sanzioni pecuniarie irrogate dalla Corte dei conti siano introdotte con espressa previsione legislativa, senza che la Corte possa ricavarne la sussistenza in via interpretativa.

Guardando ora agli effetti della tipizzazione del danno da incompatibilità effettuata nel 2012, essa non ha posto freno alla proliferazione dei profili di danno erariale, anzi ha rappresentato l'occasione per l'ulteriore aggravamento delle conseguenze "sanzionatorie" per la violazione della disciplina sul cumulo di cariche. In primo luogo, bisogna prendere atto di come questa proliferazione dei profili di danno erariale sia avvenuta in modo confuso e disordinato, frutto di una non uniforme applicazione della normativa dettata dal testo unico del 2001 e dalle disposizioni speciali in materia universitaria, nonché di una non sempre corretta applicazione dei principi disciplinanti la stessa responsabilità amministrativa. Si è così originata una difficilmente tollerabile disparità di trattamento dei docenti, a seconda delle differenti interpretazioni prodotte dalle sezioni, regionali e centrali, della Corte dei conti. Come visto, la responsabilità tipica da "omesso riversamento" viene affiancata da una responsabilità atipica da violazione del dovere di esclusiva, il cui danno viene quantificato nella "differenza retributiva" tra la somma percepita e quella che si sarebbe potuta percepire se l'attività esterna fosse stata nota. A queste due ipotesi di danno erariale si potrebbero aggiungere anche il danno all'immagine⁷⁴ e il danno da disservizio.

Ciò che lascia perplessi è la libertà con cui le differenti procure e i differenti giudici contabili hanno combinato (o non combinato) tra loro queste ipotesi di responsabilità erariale. Basti un singolo esempio per attribuire un significato quantitativo alla differenza di trattamento in oggetto: un conto è vedersi chiedere un risarcimento di € 350.000 come differenze retributive, un conto è vedersi richiedere circa € 7.000.000 quale riversamento dei compensi *extra officio*. Una terza ipotesi, ancora, è quella di vedersi sommati

⁷² Da ultimo, C. conti, sez. Lazio, 16 aprile 2019, n. 166 e Id., 17 aprile 2019, n. 172.

⁷³ Vedasi, al riguardo, C. conti, sez. Lombardia, n. 94/2019.

⁷⁴ Quanto alla configurabilità di un danno all'immagine in capo all'ateneo per lo svolgimento di attività *extra officio* non autorizzate, vedasi la più risalente C. conti, sez. Umbria, 16 febbraio 2005, n. 49.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

i due importi, come successo nel caso concreto⁷⁵. Stando così le cose, il docente a tempo pieno che abbia ricoperto incarichi assolutamente incompatibili rischierebbe di essere chiamato a riversare non solo l'intero ammontare delle retribuzioni percepite per le attività esterne, ma anche i compensi ricevuti dall'amministrazione, qualora si vedesse applicato l'orientamento più rigido tra quelli sopra descritti. Il tutto anche qualora avesse adempiuto correttamente ai propri obblighi scientifici e didattici.

Dunque, ciò che sembra avere prodotto il c. 7-*bis*, oltre ad un'amplificazione dell'arbitrio delle corti e dell'incertezza del diritto, è un sistema capace di esporre il docente universitario a un tale livello di "sanzioni" da consentire la totale privazione dei frutti del proprio lavoro. In altre parole, ci si chiede come possa ritenersi conforme a Costituzione, specie al suo art. 36, un apparato normativo che consenta il riversamento, diretto o indiretto, di tutti i compensi percepiti dal docente, anche e soprattutto qualora abbia correttamente svolto i compiti legati alla propria funzione pubblica.

Auspicando un intervento correttivo in materia, ciò che si può fare, in pendenza del vigente sistema normativo, è suggerire una lettura quanto meno costituzionalmente orientata dello stesso. Prima di tutto, la sanzione *ex c. 7* (e la "responsabilità" *ex comma 7-bis*) dovrebbe operare solamente in relazione alle ipotesi meno gravi di svolgimento occasionale di attività esterne, ossia le uniche che, in base al dettato della norma, sarebbero suscettibili di autorizzazione. Non vi è dubbio, infatti, che lo svolgimento di sporadiche attività incompatibili non sia sufficiente a ledere effettivamente l'esclusività del rapporto che lega il dipendente all'amministrazione. Dall'altra parte, lo svolgimento di attività assolutamente incompatibili, disciplinate nel differente c. 1 dell'art. 53 (e, per rinvio, negli artt. 60 ss. d.P.R. n. 3/1957), dovrebbe dare luogo al solo risarcimento del danno da "differenza retributiva", risultando in questa ipotesi lesa l'esclusività della prestazione pubblica. Né si dovrebbe parlare, in tale contesto, di omesso riversamento della sanzione, essendo del tutto illogico pretendere da un docente che violi il regime di incompatibilità assoluta una richiesta di autorizzazione a farlo⁷⁶. Ciò posto, l'effettivo adempimento degli obblighi didattico-scientifici dovrebbe sicuramente escludere un eventuale danno da disservizio, così come dovrebbe valere quale indice per legittimare l'esercizio del potere riduttivo del giudice contabile in relazione al risarcimento da "differenza retributiva":

⁷⁵ C. conti, sez. Lombardia, n. 14/2017.

⁷⁶ In questo senso si è mossa la recente C. conti, sez. Puglia, 29 aprile 2019, n. 255, che esclude il danno da omesso riversamento – riconoscendo solo quello da differenza retributiva – in relazione allo svolgimento di attività esterne libero-professionali.

per quanto il docente abbia sviato le proprie energie lavorative, in contrasto con i propri obblighi, le conseguenze dannose per l'ateneo resterebbero nei fatti limitate⁷⁷. Così facendo, non solo si preserverebbe la dignità del lavoro (*rectius*, di almeno uno dei due lavori, o pubblico o privato) comunque svolto dal docente, ma si ricondurrebbe a maggiore razionalità la responsabilità amministrativa operante in caso di cumulo di cariche.

È evidente, infatti, la deriva "punitiva" assunta da questa responsabilità in relazione alle ipotesi di attività incompatibili, stressata proprio dalla sua tipizzazione *ex c. 7-bis*, introdotto nel 2012 nell'ambito delle misure indirizzate a combattere il fenomeno corruttivo, che in nome di una promessa onestà della pubblica amministrazione rischia di condannare al sacrificio altri valori fondamentali – appunto, la dignità dell'individuo e del suo lavoro – che non possono essere indiscriminatamente sacrificati dalla discrezionalità del legislatore. In aggiunta, come colto dalla più attenta dottrina⁷⁸, funzione fondamentale della responsabilità amministrativa è quella di prevenire gli illeciti, e non di sanzionarli o compensare i danni dagli stessi derivanti, operando a garanzia del buon andamento della pubblica amministrazione. L'obbligazione risarcitoria, dunque, non può rivelarsi spropositata, e deve essere proporzionale sia all'effettivo danno patito dall'amministrazione sia all'entità patrimoniale del soggetto danneggiante, di modo da scoraggiare efficientemente i comportamenti negligenti, ma da non scoraggiare lo spirito di iniziativa e la dedizione degli agenti pubblici.

Proprio in quest'ottica, d'altra parte, la necessaria revisione dell'impianto sanzionatorio meriterebbe di essere accompagnata anche da una riflessione sull'intera disciplina dell'incompatibilità dei docenti universitari. Il sistema vigente, come evidenziato, è ancorato a preclusioni assolute che appaiono oramai anacronistiche, svincolate da una concezione attuale di dipendente pubblico. Soprattutto, esso appare incapace di apprezzare le conseguenze positive dello svolgimento di attività esterne e di adeguatamente valorizzare le qualifiche del personale dell'accademia, mortificato da un inadeguato aumento retributivo in caso di opzione per il tempo pieno e, allo stesso tempo, da un'impossibilità di sfruttare diversamente le proprie com-

⁷⁷ Si noti che la giurisprudenza, in relazione al danno da "differenza retributiva" per la violazione dell'esclusività dell'impiego pubblico, ha generalmente negato la rilevanza del corretto adempimento degli obblighi didattico-scientifici. Così, *ex pluribus*, C. conti, sez. Lombardia, n. 14/2017; C. conti, sez. Campania, m. 305/5015; C. conti, sez. Liguria, n. 155/2017. In senso contrario, però, C. conti, sez. I app., n. 192/2018 e C. conti, sez. III app., n. 653/2016.

⁷⁸ F.G. Scoca, *Sguardo di insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, cit., 6 ss.

la responsabilità amministrativa per incarichi *extra officio*

petenze⁷⁹. Superare un regime troppo rigido non vorrebbe dire automaticamente di aprire a qualsivoglia (e “quantsivoglia”) attività esterna, legittimando la negligenza degli obblighi accademici, ma semplicemente sostituire il paradigma dell’incompatibilità (spesso ancora “assoluta”) con quello di una cumulabilità valutata sempre e comunque in relazione al caso concreto. Riconoscere questo tratto di autonomia agli atenei consentirebbe di dare debito peso ad elementi quali l’effettiva cumulabilità materiale dell’attività esterna – anche se continuativa – con l’adeguato soddisfacimento impegni scientifici, la concreta assenza di conflitti di interesse, nonché la coerenza e la spendibilità dell’incarico *extra officio* in relazione alle materie oggetto di insegnamento e ricerca, aprendo a una più sensata ed efficiente applicazione del principio costituzionale di esclusività.

Volendo concludere come si è aperto, l’aver servito due padroni è sì costato «*una gran fadiga*» al protagonista della citata opera goldoniana, ma è proprio ciò che ha assicurato il lieto fine sia per il servitore che per i due padroni stessi.

Abstract

The legal framework regulating the extra-academic activities of university scholars seems to be still primarily based on the principle of absolute incompatibility. Indeed, the opening towards a more elastic system pursued by art. 53 d.lgs. n. 165/2001 was followed by an embitterment of the “sanctions” applicable in case of incompatible or non-authorized external activities, through the l. n. 190/2012. The complexity of this system of sanctions and administrative liabilities constitutes the core of the present research, addressed to highlight the punitive tendencies characterizing the most recent norms on civil servants. These tendencies, aiming towards honesty and efficiency of the public administration, may generate further inefficiencies and produce excessive consequences upon the civil servants, risking to sacrifice other constitutional values.

⁷⁹ In questo senso, si rimanda alla già citata C. cost., n. 376/1988.

OPINIONI

ALDO SANDULLI

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA RESISTENZE NAZIONALI E SPINTE EUROPEE¹

1. In Italia, da quasi trent'anni, la disciplina dei contratti pubblici è costantemente oggetto di riforme. Gli interventi del legislatore sono stati spesso frammentati, estemporanei, votati al perseguimento di finalità contingenti, di breve periodo. La circostanza della “codificazione” non ha prodotto una riduzione del tasso di intervento del legislatore.

Il c.d. decreto “Sblocca Cantieri” potrebbe sembrare un caso emblematico di modifiche contingenti del codice. Se si va ad approfondire, però, contiene almeno due linee direzionali volte alla razionalizzazione di aree della disciplina.

Tale decreto è intervenuto in tre direzioni principali: l'armonizzazione di disposizioni del codice con le direttive UE del 2014 (di particolare importanza, anche se incisi dalla successiva giurisprudenza euro-unitaria, sono stati gli interventi sul subappalto); la modifica del sistema delle fonti, con il parziale ritorno al regolamento e un tentativo (invero, malriuscito) di razionalizzazione del modello normativo; infine, l'introduzione di modifiche e norme sparse, le quali sono effettivamente frutto di un approccio contingenziale ed estemporaneo.

È stato rilevato, al proposito, che «Il confronto con il diritto UE evidenzia comunque una circostanza significativa: i problemi di assetto della disciplina dei contratti pubblici derivano principalmente non dalla mutevolezza del parametro normativo comunitario, ma dalle difficoltà nazionali connesse al tipo di organizzazione delle amministrazioni coinvolte, alla loro funzionalità, al sistema dei controlli e delle responsabilità, alla fragilità del decisore a fronte degli interessi di settore, anche quando trattasi di micro interessi» (M.P. Chiti, *Il decreto “sblocca cantieri”: ambizioni e limiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 719 ss.).

Il processo di riforma, tra l'altro, non pare attenuarsi, dopo lo “Sblocca

¹ Intervento di apertura al Convegno «Il codice dei contratti pubblici tra le prospettive di riforma e il confronto con il diritto UE», organizzato dalla LUISS School of Law (LUISS, Viale Pola 12, 13 febbraio 2020).

Cantieri”. Sono in corso i lavori per la redazione del nuovo regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del codice, che dovrà peraltro convivere con altri atti, quali le linee guida, i decreti ministeriali, ecc. I recenti interventi normativi, infatti, hanno dato vita a un sistema misto, in ordine al quale, da un lato, non sono percepibili chiaramente i criteri del riparto tra le diverse fonti e, dall’altro, non sembra andarsi nella direzione della semplificazione complessiva della disciplina. Un regolamento, tra l’altro, che rischia di nascere già vecchio, laddove non tenesse conto delle esigenze determinate dall’emergenza in atto. La disciplina emergenziale post-Covid, infatti, sta mutando l’approccio, introducendo consistenti deroghe temporanee alla disciplina codicistica.

Non è tramontata, poi, la possibilità dell’adozione di un nuovo codice, che potrebbe intervenire in sostituzione di quello del 2016, a dimostrazione della bulimia normativa in tema di contratti pubblici. Giace in Parlamento, difatti, un d.d.l. delega per la riforma organica della materia. Ai fini del rilancio dell’economia a seguito dell’emergenza, il c.d. Rapporto Colao ha prospettato una sostanziale riscrittura del codice, volta a meglio bilanciare le finalità di efficienza e di garanzia, a prevedere un regime a sé stante per le infrastrutture strategiche e a ridisegnare l’*e-procurement* (su questi profili, L. Donato, *Le proposte per il settore degli appalti pubblici nel “Rapporto Colao”*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 9). Bisognerebbe forse anche tener conto, in tale prospettiva, del divieto di *gold plating*, in conseguenza del quale non si dovrebbe appesantire la disciplina nazionale dei contratti con regole non previste a livello europeo.

L’emergenza epidemiologica ha infatti introdotto una nuova urgenza, derivante dall’esigenza di far ripartire l’economia e di superare i “colli di bottiglia” anche nell’area delle procedure ad evidenza pubblica. Come è stato rilevato, «Serve un pacchetto organico, che rompa il legame tra appalti e anticorruzione ripensando l’ANAC, che sostituisca poche norme al codice dei contratti pubblici, che riveda l’ambito della giurisdizione della Corte dei conti, che chiami anche il giudice penale in questo nuovo afflato istituzionale, che spinga verso sistemi semplificati, con meno formalità e buste chiuse, con più discrezionalità, con più procedure negoziate e più dialoghi competitivi» (F. Cintioli, *Appalti e processo amministrativo. I nodi da sciogliere in vista della Fase 3*, in *Milano Finanza*, 5 maggio 2020).

Nel senso della semplificazione temporanea ed emergenziale (in deroga) vanno ad esempio le misure del decreto-legge «Semplificazioni per il Sistema Italia», che intervengono sia sugli affidamenti sotto e sopra soglia, sia sulle opere di maggiore complessità (prevedendo la possibilità di commissariamento).

il codice dei contratti pubblici

2. Gli interventi del legislatore nazionale non sempre sono andati nella direzione indicata dalla disciplina europea, ma hanno assunto talvolta tragitti divergenti.

A livello europeo hanno prevalso linee direzionali che vanno in direzione della concorrenza tra imprese, flessibilità/elasticità/adattabilità degli strumenti, indistinzione della natura pubblico-privato, approccio sostanziale e ampia discrezionalità.

A livello nazionale, invece, si è tradizionalmente orientati alla vincolatezza/rigidezza/tipicità degli strumenti, a persistenti limiti derivanti dalla natura soggettiva, con uno sguardo privilegiato, in particolare negli ultimi decenni, all'esigenza nazionale di prevenire e contrastare la corruzione e la criminalità organizzata.

Questa ambivalenza ha concrete ripercussioni sulla disciplina di settore. Il codice del 2016, nel recepire gli indirizzi europei, ha spinto decisamente nella direzione di una maggiore discrezionalità e flessibilità dell'agire amministrativo in materia di appalti pubblici: ad esempio, valorizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rendendo più elastica la valutazione nel caso di una offerta anomala, consentendo l'utilizzo di efficaci strumenti istruttori (quale il soccorso istruttorio).

L'utilizzo di questi strumenti più flessibili ed elastici, tuttavia, è tuttora rallentato dal modo tradizionale delle pubbliche amministrazioni di considerare gli appalti pubblici: ossia l'idea che l'adozione di meccanismi automatici e privi di discrezionalità possa consentire di limitare le occasioni di corruzione e di malaffare.

Se ne ha contezza se si guarda alla scarsa percentuale di utilizzo che hanno avuto, sin qui, le procedure flessibili, quali il dialogo competitivo e la procedura negoziata, rispetto agli altri modi di scelta del contraente: il ricorso in Italia a questi strumenti è assai più basso rispetto ad altri Paesi europei (G. Fidone, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*², a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli, 2019, 3 ss.).

Questo dato è indice di un'amministrazione ingessata e di una scarsa fiducia nelle competenze dei funzionari pubblici; ma è anche il segnale, probabilmente, di una ritrosia della stessa amministrazione a orientarsi verso strumenti che accentuerebbero i suoi spazi di discrezionalità, perché questo significherebbe l'assunzione di maggiori responsabilità. Insomma, il timore di dirigenti e funzionari di dover rispondere all'erario delle proprie scelte ha un effetto inibente nei riguardi delle amministrazioni aggiudicatrici, che preferiscono scegliere la strada più sicura e meno rischiosa. Anche qui le misure del d.l. Semplificazioni potrebbero contribuire a disinnescare i meccanismi c.d. di burocrazia difensiva, attraverso la previsione (temporanea)

della responsabilità erariale per il solo dolo e la modifica dell'abuso d'ufficio (reato che è integrato dalla sola violazione di legge, essendo stato eliminato il riferimento alla violazione di regolamento ed essendo limitata all'attività vincolata della pubblica amministrazione).

3. L'asimmetria posta in rilievo è però quasi sempre risolta dalla primazia del diritto euro-unitario. Quest'ultimo, infatti, per quanto garantisca ampio margine di azione alla disciplina nazionale, ha spesso l'ultima voce in capitolo.

Esempio emblematico è quello del subappalto: istituto che, nell'ordinamento nazionale è sempre stato oggetto di limitazioni, soprattutto perché ritenuto uno strumento per facilitare i modi di influenza della criminalità organizzata e per favorire il lavoro nero.

La disciplina europea, al contrario, guarda al tema dall'angolazione della concorrenza tra imprese e considera con favore tale istituto, al fine di consentire l'accesso di piccole e medie imprese al settore dei contratti pubblici.

L'intervento in tema di subappalto nello "Sblocca Cantieri" (con l'elevazione della percentuale di ricorso al subappalto) avrebbe inteso tamponare la procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea. Ma la nota giurisprudenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2019 (causa C-63/18) ha neutralizzato tale tentativo, per cui bisognerà verificare quale strada possa essere seguita per rinvenire una soluzione compatibile con il diritto euro-unitario.

È stato invece ricomposto un altro possibile fronte di frizione tra disciplina nazionale ed europea, quello della natura delle centrali di committenza. È difatti intervenuta, qualche settimana fa, la sentenza della Corte di giustizia 4 giugno 2020 (causa C-3/19, *Asmel Cons. Soc. a r.l. c. ANAC*) che ha fatto salva la disciplina nazionale, considerandola compatibile con il diritto euro-unitario (nel senso che quest'ultimo lascia ampio spazio alla disciplina nazionale di scegliere quale assetto dare alla committenza pubblica). Sulla centralizzazione della committenza il legislatore nazionale (e l'ANAC), come è noto, hanno assunto una posizione pan-pubblicistica (e di protezione della posizione "privilegiata" della CONSIP), che ha guardato alla natura soggettiva (e a un approccio, per così dire, pianificatorio) anziché alla finalità di garantire il ricorso a strumenti capaci di produrre risultati effettivamente utili per le pubbliche amministrazioni.

I giudici di Lussemburgo hanno preferito tenersi lontani dall'ingerire sull'assetto disciplinare nazionale, ritenendo che debba essere il legislatore italiano a stabilire se le centrali di committenza siano vincolate a una specifica natura soggettiva pubblica e a specifici modi di costituzione (anziché

il codice dei contratti pubblici

poter essere costituite attraverso forme e modelli maggiormente flessibili); se la loro attività debba essere vincolata territorialmente (anziché poter operare senza vincolo territoriale); se esse, infine, vadano inquadrate in un ambiente soggettivamente pubblicistico e fortemente regolato (anziché poter operare in qualità di organismi di diritto pubblico ovvero addirittura di imprese).

Come è noto, il Consiglio di Stato, con ordinanza del 3 gennaio 2019 (V, n. 68/2019) si era invece chiesto, da un lato, se non contrasti con la disciplina europea l'impedimento alla costituzione di centrali di committenza con forme private o alle quali siano ammessi a partecipare anche soggetti privati; dall'altro, se non osti al diritto euro-unitario l'imposizione del vincolo territoriale alle centrali di committenza. Più latamente, andando anche oltre l'ipotesi della possibile configurazione di organismo di diritto pubblico delle centrali di committenza, nella motivazione dell'ordinanza di rimessione il Consiglio di Stato si era posto il seguente quesito: se «La scelta di ricorrere ad un modello organizzativo che esclude la partecipazione di soggetti privati [...] [possa] apparire in contrasto con i principi euro-unitari di libera circolazione dei servizi e di massima apertura alla concorrenza, limitando ai soli soggetti pubblici italiani, tassativamente individuati, l'esercizio di una prestazione di servizi qualificabile come attività di impresa e che, in questa prospettiva, potrebbe meglio essere svolta in regime di libera concorrenza nel mercato interno».

La risposta della Corte di giustizia è stata pilatesca e ha lasciato sostanzialmente invariato il quadro della centralizzazione della committenza e dell'intero settore dei contratti pubblici.

4. Come si è detto in avvio, l'emergenza epidemiologica apre una nuova fase della disciplina dei contratti pubblici.

Ci si avvia verso un periodo di consistenti modifiche dell'attuale disciplina, sul piano della semplificazione e dello snellimento (si è già accennato alle principali novità del d.l. Semplificazioni). Sarà importante, tuttavia, conservare un bilanciato equilibrio tra esigenze di efficienza e di garanzia, pur tenendo conto della delicatezza del periodo che si andrà ad attraversare dal punto di vista economico-finanziario.

Qualche ulteriore soluzione di tipo efficientistico potrebbe caratterizzare anche gli istituti della tutela processuale, tenuto però conto che il processo amministrativo già garantisce una adeguata tutela in termini della effettività e di rapidità della stessa.

Il suggerimento che è stato formulato, sul piano processuale, è quello di accentuare la preminenza risarcitoria del contenzioso in materia di appalti

aldo sandulli

pubblici, limitando l'azione di annullamento a casi limitati, da riscontrare nella fase cautelare (F. Cintioli, *Appalti e processo amministrativo*, cit.).

Proprio sulla fase cautelare è intervenuto il d.l. Semplificazioni, che ha ulteriormente accelerato il giudizio in tema di appalti, prevedendo che esso debba di regola essere definito in sede cautelare, con sentenza in forma semplificata.

Abstract

The Italian Public Procurement Code is constantly subject to regulatory changes. The Italian legislator always seeks the best way to implement European discipline. In the past he has not taken proper account of the trends that emerged in European legislation and ECJ case law.

During the last year, the Unlock Italy Decree and the Simplifications Decree have further amended the sectoral framework. The epidemiological emergency has opened a new phase, derogating and accelerating public procurement procedures. It is necessary, however, to find the right balance between efficiency and guarantee.

GIUSEPPE PIPERATA

LE NUOVE COORDINATE ORGANIZZATIVE
PER L'AMMINISTRAZIONE LOCALE "SATELLITE"
IN FORMA PRIVATISTICA

1. C'è sempre stata nell'evoluzione del sistema amministrativo italiano la tendenza delle amministrazioni pubbliche a costituire organismi di varia natura ai quali affidare un ruolo ancillare nello svolgimento di specifici compiti verso l'esterno o anche azioni di supporto strumentale rivolto a proprio vantaggio. Sabino Cassese, da ultimo in un intervento sulla stampa, ha definito tali figure organizzative come «organismi satellite», individuando nella loro spesso ingiustificata proliferazione una delle principali debolezze dell'amministrazione pubblica italiana, un'amministrazione, cioè, ormai non più propensa a fare, ma che si sta abituando a far fare¹.

L'aumento degli interessi affidati alla cura delle pubbliche amministrazioni, l'esigenza di specializzazione nello svolgimento dell'azione amministrativa, la ricerca di formule organizzative più efficienti sono solo alcuni dei fattori che stanno alla base del fenomeno qui preso in considerazione.

Il ricorso a strutture satellite ha interessato sia l'amministrazione statale centrale sia le amministrazioni territoriali, in particolare quelle locali. Originariamente, tutte le dinamiche di riarticolazione organizzativa dei compiti inizialmente assegnati ad un'amministrazione, poi ricollocati in un organismo satellite, nascevano e si esaurivano in un ambito esclusivamente pubblicistico, nel senso che era il legislatore a prevederne astrattamente la fattibilità e a individuare e disegnare le figure soggettive attivabili, riconoscendone quasi sempre la natura di enti pubblici. È stato così per le aziende autonome operanti a supporto dei ministeri centrali e per le aziende speciali, strutture satellite dell'amministrazione locale, riconosciute dalla giurisprudenza quali enti pubblici economici² e strumentali degli enti locali³.

Con l'ampliamento dei compiti pubblici, effetto riconducibile all'affermazione delle logiche interventiste tipiche dello Stato di benessere, tale

¹ Cfr. S. Cassese, *I mali della burocrazia. Un paese bloccato*, in *Corriere della sera*, 20 aprile 2019.

² Cfr. Cass., sez. un., 15 dicembre 1997, n. 12654.

³ Cfr., tra le tante, Cons. St., sez. IV, 26 gennaio 1999, n. 78.

dinamica si è andata sempre più potenziando, abbracciando anche i modelli organizzativi regolamentati dal diritto dei privati, *in primis* i modelli societari. E ciò è avvenuto soprattutto a livello locale, essendo gli enti deputati al governo dei territori più esposti all'esigenza di individuare modelli di azione e organizzazione efficienti per soddisfare le nuove domande e i nuovi bisogni provenienti dai territori stessi e dalle comunità di riferimento.

Quanto avvenuto faceva parte di un fenomeno molto più ampio, che un attento osservatore delle pubbliche amministrazioni aveva descritto come il passaggio dalla «ideologia giuridica del modello unitario» al «principio positivo dei modelli differenziati», registrando in questo modo l'avvenuta apertura dell'organizzazione pubblica ad un aggregato organizzativo che andava oltre l'amministrazione tradizionale dello Stato e degli altri enti territoriali, comprendendo anche altre figure soggettive di diritto pubblico, ma soprattutto di diritto privato⁴.

Tale processo di trasformazione delle figure organizzative della pubblica amministrazione non sempre ha avuto origine da una scelta legislativa. Molto più spesso, invece, si è trattato di un'innovazione promossa dalle singole amministrazioni interessate. Ciò è avvenuto soprattutto a livello di amministrazione locale e con riferimento alle figure organizzative di diritto privato, che hanno fatto ampiamente ricorso al modello societario per creare un'amministrazione satellite alla quale affidare, in particolare, le attività di servizio pubblico e i tanti percorsi di intervento pubblico in economica.

A guidare gli enti locali in questa riorganizzazione dei compiti mediante la creazione di un'amministrazione satellitare esterna sono state prevalentemente tre coordinate: l'autonomia costituzionalmente garantita a tali enti, concretantesi anche in una dimensione organizzativa, il riconoscimento di un'ampia e generale capacità giuridica e la promozione e incentivazione legislativa di percorsi di privatizzazione formale delle strutture amministrative esistenti. Tale contesto di riferimento, quindi, ha consentito agli enti locali di spostare numerose attività in un'amministrazione esterna e satellitare, organizzata prevalentemente in strutture societarie, ma con la presenza anche di figure privatistiche minori. I numeri di tale trasformazione, che emergono da alcuni recenti censimenti, sono imponenti: i soggetti partecipati da amministrazioni pubbliche sarebbero 60.957, di cui 49.894 in forma societaria e 11.063 con altra veste (fondazioni, associazioni, consorzi, ecc.), e gli enti locali rappresenterebbero le amministrazioni con più partecipazioni

⁴ Cfr. G. Guarino, *L'organizzazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1977, 82 ss.

le nuove coordinate organizzative per l'amministrazione locale

in assoluto, dato che le loro partecipazioni dirette o indirette ammonterebbero a 51.457⁵.

2. Proprio a causa di questi numeri, da alcuni anni il legislatore italiano sta cercando di correre ai ripari, ponendo qualche argine alla proliferazione di organismi satellite, soprattutto a livello locale. Non sono mancate anche le soluzioni estreme, come quella ipotizzata in piena emergenza economica dovuta agli effetti della crisi che ha interessato il nostro Paese nel decennio appena concluso. Come si ricorderà, per effetto di tale crisi, a partire dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122, sono state introdotte in via d'urgenza numerose misure di stabilizzazione finanziaria, molte delle quali destinate ad incidere negativamente sull'autonomia locale, in termini di riduzione dell'ambito di manovra che le era stato affidato dalla legislazione precedente. Agli enti locali, infatti, sono stati imposti diversi obblighi di contenimento della spesa, è stato richiesto un maggiore sforzo nel concorso alla realizzazione degli obiettivi della finanza pubblica e, soprattutto per quelli di minore dimensione, sono stati posti dei limiti all'autonomia organizzativa e funzionale (obbligo di gestione associata delle funzioni fondamentali; divieto di costituzione o partecipazione a società di diritto privato; ecc.). A questi interventi ne sono presto seguiti altri, ancora più mortificanti dell'autonomia locale e in netta controtendenza rispetto alla direzione che le riforme di pochissimi anni prima avevano impresso all'orientamento del nostro ordinamento. E tra questi spiccava per rilevanza quanto previsto dall'art. 9, c. 6, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135, disposizione con la quale si vietava la costituzione da parte degli enti locali di organismi di qualsiasi natura giuridica, ai quali affidare una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative, agli stessi enti conferite ai sensi dell'articolo 118, Cost.

Si trattava di una disposizione con la quale veniva sancita la fine dell'amministrazione satellite locale o quantomeno della sua futura estensione in termini quantitativi. Si introduceva, tra l'altro, uno specifico divieto, dalla portata molto ampia secondo il giudice contabile: «il comma 6 dell'art. 9 d.l. n. 95/2012 introduce un divieto assoluto e generalizzato per gli enti locali di creare organismi strumentali, comunque denominati o qualificati, per l'esercizio delle loro funzioni; le quali, pertanto, debbono essere svolte mediante le strutture amministrative che compongono, con le

⁵ Cfr. MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle Amministrazioni Pubbliche. Dati 2017*, in www.dt.mef.gov.it.

risorse finanziarie e il personale ad esse assegnati, l'organizzazione propria di ciascun ente»⁶.

Oggi, la disposizione non è più vigente, in quanto il legislatore ne ha disposto l'abrogazione. Si tratta di una scelta legislativa da salutare favorevolmente, non solo perché una norma che in termini assoluti vieti alle amministrazioni locali la possibilità di costituire organismi strumentali presenta forti dubbi di costituzionalità, stante l'ampia autonomia riconosciuta dalla nostra Carta agli enti in questione, ma soprattutto perché una misura così estrema non rappresenta la giusta soluzione al problema di cui qui ci si occupa. La creazione di un organismo satellite esterno all'amministrazione per la gestione di un compito pubblico, infatti, di per sé può rappresentare un'opzione organizzativa anche virtuosa e, quindi, da promuovere. Diviene, invece, una soluzione non giustificabile, quando il nuovo organismo appare inutile, non adeguato e, in ogni caso, inadeguato a gestire i compiti e a realizzare le finalità per il quale è stato pensato. In altri termini, in assenza di espliciti divieti, un organismo satellite può anche risultare il modo migliore per organizzare un intervento pubblico, soprattutto se conforme ai canoni dell'efficienza e dell'economicità; diventa una strategia da evitare nel momento in cui si abusa di tale modello organizzativo, perché non rispettoso di quei parametri imposti dal buon andamento o, peggio, funzionale solo alla deresponsabilizzazione dell'amministrazione nell'esercizio dei compiti pubblici.

3. Ma quali sono, oggi, le coordinate che dovrebbero guidare gli enti locali nell'attività eventuale di definizione di un'amministrazione satellite esterna? Il nostro ordinamento non offre un'unica fonte dalla quale poter ricavare le indicazioni operative al riguardo. Tuttavia, da alcuni principi enfatizzati anche a livello giurisprudenziale e da alcune disposizioni legislative è possibile trarre qualche utile canone d'azione.

Può apparire banale ricordarlo, ma il primo parametro che l'ente locale deve tenere in considerazione nella definizione di un'eventuale strategia organizzativa basata sulla costituzione di un organismo satellite è quello rappresentato dal principio di legalità. Il giudice amministrativo lo ha recentemente ricordato in un caso che, anche se ancora pendente in appello, fornisce un'importante chiave di lettura⁷. La vicenda ha riguardato un'associazione non riconosciuta, a partecipazione pubblica ma di natura ibrida, in

⁶ Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la regione Toscana, 16 ottobre 2013, n. 275.

⁷ TAR Lombardia, Milano, sez. II, 3 febbraio 2020, n. 240.

le nuove coordinate organizzative per l'amministrazione locale

quanto partecipata da enti locali, da altre associazioni di enti locali e soggetti privati da quest'ultimi controllati, alla quale era stato affidato il compito di operare come centrale di committenza per gli enti stessi. Un'operazione, questa, contestata dall'ANAC, che ha ritenuto non qualificabile l'associazione in questione come organismo di diritto pubblico: una contestazione che ha trovato accoglimento da parte del giudice di prime cure. Pur non volendo entrare nel merito della decisione, essendo questa ancora ribaltabile in appello, è importante evidenziare un passaggio della sentenza di primo grado del giudice amministrativo nel quale viene richiamato il principio di legalità come paradigma di riferimento per ogni strategia organizzativa della pubblica amministrazione: il richiamo del diritto dell'Unione europea non può essere «il viatico per l'attribuzione ad un soggetto formalmente privato di una funzione pubblica esercitata in modo surrogatorio rispetto a quanto i singoli enti associati potrebbero già fare. Si assiste, in tal modo, ad una forma di autopoiesi della funzione amministrativa (per mutuare una formula di attenta dottrina) finalizzata non al raggiungimento degli scopi propri del diritto dell'Unione ma all'attribuzione di prerogative pubbliche. Situazione che mette in discussione il principio che autorevole dottrina configura come condizionante ontologicamente l'esistenza stessa del diritto amministrativo. Il riferimento è a quel principio di legalità che governa non soltanto l'azione amministrativa ma prima ancora l'individuazione delle strutture cui tale potere risulta conferito».

4. Se, come il giudice amministrativo ci invita a fare, nella costituzione di organismi satelliti esterni all'amministrazione dobbiamo per prima cosa attenerci al rispetto del principio di legalità, allora risulta necessario individuare nel nostro ordinamento eventuali coordinate utili per orientare le strategie organizzative delle amministrazioni stesse. Può essere opportuno in questa sede ricordarne almeno due, una pensata per l'organizzazione delle attività di servizio pubblico e l'altra più specifica riguardante l'organizzazione di un compito pubblico in veste societaria.

Il c. 20 dell'art. 34, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha introdotto l'obbligo di far precedere l'organizzazione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica, dalla redazione e pubblicazione di una relazione nella quale spiegare le ragioni e dimostrare la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e definire anche gli obblighi di servizio pubblico. Già in passato il legislatore aveva affermato l'obbligo per l'ente locale di scegliere motivatamente il modello gestorio del servizio pubblico, previa valutazione comparativa dei modelli organizzativi messi a disposizione dall'ordina-

mento⁸. Tuttavia, la previsione introdotta nel 2012 rafforza tale obbligo, in quanto ricorda anche che esso è strumentale alla esigenza di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione, oltre che a garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento. Ecco allora che oggi, l'eventuale scelta dell'ente locale, direttamente o tramite autorità di governo del settore, di gestire il servizio pubblico di rilevanza economica attraverso un organismo satellite deve trovare un'adeguata giustificazione alla luce di principi e canoni anche di rilevanza europea, di cui deve essere dato puntualmente conto nella relazione prevista dalla disposizione richiamata.

Altre coordinate, invece, le possiamo trovare nella recente legislazione in materia di società a partecipazione pubblica, dato che le società partecipate dagli enti locali sono quantitativamente, come si è visto, la parte più consistente dell'amministrazione satellite, ossia di quei soggetti spesso in veste privata, costituiti e controllati in forme più o meno intense dagli enti locali, ai quali gli stessi nel corso degli anni hanno progressivamente affidato lo svolgimento di funzioni, servizi pubblici e altri compiti strumentali, prima gestiti in via diretta.

È utile ricordare che, a partire dagli anni '90, tale fenomeno di costruzione, fuori degli enti pubblici tradizionali, di un'amministrazione ancillare è andato progressivamente crescendo ed intensificando, prima come conseguenza dell'affermazione di una visione più aziendale dell'amministrazione pubblica e, in seguito, della diffusione di logiche di esternalizzazione dei compiti pubblici nella prospettiva di una maggiore efficienza dell'azione amministrativa. Ebbene, su tale settore, in particolare dell'amministrazione locale, la legislazione anticrisi degli ultimi anni è intervenuta in più occasioni e con provvedimenti di portata differente. In un primo momento, come sopra ricordato, non sono mancate scelte emergenziali, che sono arrivate ad introdurre veri e propri limiti alla capacità degli enti locali di avvalersi di organismi strumentali, attraverso i quali svolgere i compiti loro affidati. In una seconda fase, invece, in maniera più rispettosa di quella sfera di autonomia in primo luogo organizzativa da riconoscere alle amministrazioni locali, il legislatore ha preferito compiere scelte dirette a definire le condizioni di esercizio di tale autonomia e a ricondurre in maniera prioritaria le dinamiche di apertura verso enti strumentali degli enti locali ai principi di efficienza e economicità.

Al riguardo, significativo è quanto avvenuto a proposito delle società partecipate dagli enti locali per effetto di alcune scelte legislative prima an-

⁸ Cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854.

le nuove coordinate organizzative per l'amministrazione locale

ticipate da diversi provvedimenti adottati a partire dal 2006 e, alla fine, ricomposti in un'unica fonte legislativa rappresentata dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, contenente il Testo unico delle società a partecipazione pubblica (TUSP)⁹. Il TUSP introduce nel nostro ordinamento un diritto speciale delle società pubbliche, destinato ad integrare il quadro regolativo già esistente rappresentato dal diritto societario di matrice civilistica, il quale continua ad applicarsi a tali società, ma solo per la parte non derogata dal decreto legislativo (art. 1, c. 3). La nuova disciplina affronta nella sua ampiezza e generalità il fenomeno delle società a partecipazione pubblica, regolandone i molteplici aspetti. In particolare, tipizza i modelli societari e le finalità perseguibili da parte di una pubblica amministrazione socia attraverso gli stessi, regola i percorsi di costituzione, gestione e anche dismissione di una società in mano pubblica, fissa i principi in tema di organizzazione, definisce il ruolo che i soci pubblici debbono svolgere rispetto alle società partecipate, chiarisce alcuni aspetti legati al tema della fallibilità delle stesse, delinea il regime giuridico a proposito del loro personale, ecc.¹⁰.

Oltre alla codificazione del regime giuridico di riferimento delle società pubbliche, il TUSP in maniera innovativa introduce anche un sistema di razionalizzazione dell'amministrazione satellite in veste societaria, che vede come attori principali in primo luogo gli enti pubblici soci. Essi, infatti, annualmente sono chiamati a verificare se le singole società nelle quali detengono partecipazioni, dirette e indirette, rispondono ai requisiti e alle condizioni previste dallo stesso TUSP, oltre che a svolgere un'analisi sull'assetto complessivo delle società possedute, da restituire in un apposito provvedimento, tra l'altro oggetto di trasmissione alla Corte dei conti. Si tratta, a ben vedere, di una verifica finalizzata a razionalizzare il settore delle partecipate

⁹ Sul testo unico in questione la letteratura giuridica è molto ampia. Tra i tanti lavori di taglio generale cfr. *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbildelli, Milano, Giuffrè, 2018; *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di C. Ibba e I. Demuro, Bologna, Zanichelli, 2018; *Le società pubbliche nel testo unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, a cura di F. Cerioni, Milano, Giuffrè, 2017; C. D'Aries, S. Gliniansky e T. Tessaro, *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica*, Rimini, Maggioli, 2016. Per un primo commento: H. Bonura e G. Fonderico, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 722 ss.; G. Caia, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 601 ss.; Id., *Società partecipate*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2017*, Roma, Treccani, 2017, spec. 221 ss.; M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in questa *Rivista*, 2016, 521 ss.; B.G. Mattarella, *Le società a partecipazione pubblica. Tipologie, efficienza e questioni interpretative*, relazione al 63° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 21-23 settembre 2017.

¹⁰ Sulle principali novità contenute nel TUSP sia consentito rinviare a G. Piperata, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, cit., 1 ss.

dell'ente locale, in quanto nel caso l'ente accertasse il venir meno di alcuni presupposti per una o più partecipate o anche la sola opportunità di proseguire con tale modello organizzativo, sorgerebbe l'obbligo per lo stesso di assumere un piano di riordino delle società, che potrebbe portare anche alla fusione o soppressione delle stesse (art. 20, TUSP).

È opportuno segnalare anche che il processo di razionalizzazione previsto dal TUSP con cadenza annuale è stato, in una prima fase di iniziale applicazione dello stesso, imposto in via straordinaria da una disposizione, l'art. 24, che ha obbligato le pubbliche amministrazioni a provvedere entro il settembre del 2017 ad una ricognizione e successiva razionalizzazione delle proprie partecipazioni. Con riferimento all'amministrazione locale, i dati relativi agli esiti di tale razionalizzazione straordinaria sono particolarmente interessanti: gli enti locali italiani hanno dichiarato 32.207 partecipazioni in società e, come conseguenza della verifica effettuata, hanno disposto la razionalizzazione di 7.786 partecipazioni tramite cessione, fusione, liquidazione o altra misura di revisione¹¹.

È evidente come i fenomeni appena ricordati sono destinati ad incidere profondamente sul sistema di governo locale attraverso organismi satellite, in primo luogo, poiché le nuove condizioni che legittimano il ricorso dell'amministrazione pubblica al modello organizzativo della struttura societaria sono nettamente più stringenti che nel passato, con conseguente riduzione della capacità di azione del singolo ente; in secondo luogo, poiché la revisione dell'amministrazione locale satellite in veste societaria, che è avvenuta mediante la razionalizzazione di migliaia di strutture esistenti, ha ovviamente cambiato la mappa del potere locale, mediante la soppressione di centinaia di presidi societari attraverso i quali lo stesso potere si manifestava.

Abstract

In the evolution of the Italian administrative system there has always been the trend of the public administrations to create bodies of various nature entrusted with an ancillary role in the performance of specific tasks for outwards or inwards purposes. The doctrine named these entities "satellite bodies" and the phenomenon concerned especially the local administration. The freedom of local authorities in the constitution of such entities lately has been restricted by the legislation. The essay aims to point out the new organizational coordinates of the "satellite administration", which have been identified by the legislator and by the case law and which are addressed to the local authorities.

¹¹ Cfr. MEF, *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, 2019.

JACOPO BERCELLI

IL TESTO UNICO IN MATERIA DI SOCIETÀ
A PARTECIPAZIONE PUBBLICA (TUSP)
COME DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA
TRAMITE SOCIETÀ DI CAPITALI*

SOMMARIO: 1. Il Testo unico tra legge di delega e decreto delegato: la mancata individuazione di un quadro sistematico unitario. – 2. Il TUSP come sistema unitario basato sulla prevalenza dell'art. 97 Cost. – 3. Il sostanziale accoglimento da parte della giurisprudenza amministrativa e contabile di tale impostazione sistematica fondata sulla prevalenza dell'art. 97 Cost. – 4. Conclusioni.

1. Il Testo unico tra legge di delega e decreto delegato: la mancata individuazione di un quadro sistematico unitario

Il TUSP è un decreto legislativo adottato sulla base di una delega contenuta nella l. 7 agosto 2015, n. 124.

Nell'art. 16 della legge di delega il legislatore aveva previsto alcuni «principi e criteri direttivi generali» per l'esercizio di tutte le deleghe conferite, e tra di essi vi era la «risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia». Dunque, l'«elaborazione di un testo unico» in tema di «partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche», ossia il futuro d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, doveva nascere anzitutto – come logico – dalla individuazione di quali fossero i principi generali regolatori della materia.

Tuttavia, con specifico riferimento alla materia qui in esame, il successivo art. 18 della legge di delega dettava un elenco articolato di principi e criteri, relativi a molti ed eterogenei aspetti della disciplina, ma mancava una indicazione espressa e univoca dell'inquadramento sistematico della nuova disciplina.

* Relazione al Convegno del Centro Studi Bellunese di Cortina d'Ampezzo del 27 settembre 2019.

Il legislatore delegante quindi ha mancato di fornire un inquadramento sistematico unitario della nuova disciplina del fenomeno. E il legislatore delegato, a sua volta, non ha compiuto una scelta sistematica unitaria.

La disciplina contenuta nel TUSP infatti è stata costruita secondo il seguente «principio-guida che ha concretamente ispirato l'esercizio della delega»: «le società al diritto delle società e le pubbliche amministrazioni al diritto pubblico»¹. Dunque una disciplina riconducibile a due sistemi diversi.

Ed effettivamente nel testo unico, a livello di principi contenuti nell'art. 1, vi è la coesistenza di principi di diritto amministrativo (art. 1, c. 2) e di principi di diritto societario e privato (art. 1, c. 3).

Ebbene, a giudizio di chi scrive, i maggiori problemi interpretativi che il testo unico ha presentato in questi anni, a partire da quello della nozione di società a controllo pubblico, nascono proprio da questa scelta del legislatore delegato, che ha ritenuto che il fenomeno delle società a partecipazione pubblica potesse essere retto contestualmente, sia pure per segmenti di disciplina diversi, dai principi del diritto amministrativo e dai principi del diritto civile.

Il legislatore delegato ha preteso di scindere la disciplina di un nascente testo unico in due gruppi distinti di norme, appartenenti a due sistemi diversi.

Voleva essere una semplificazione, ma in realtà questa scissione reca in sé il pericolo di togliere in radice coerenza sistematica al testo legislativo e di aprire, invece che risolvere, infinite questioni interpretative. Perché infinite sono le questioni che si possono porre a cavallo tra le due discipline, tra i due sistemi normativi, retti da principi diversi.

Inoltre, pur nell'ambito di questa scissione di fondo, il legislatore delegato ha dimostrato, a partire dalla scrittura del titolo del testo, di avere una "inclinazione" a favore della centralità delle società piuttosto che delle pubbliche amministrazioni.

Il legislatore delegante aveva richiesto un testo unico in tema di «partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche», e in tale espressione il soggetto del discorso sono le amministrazioni pubbliche.

Il legislatore delegato invece ha approvato un testo unico «in materia di società a partecipazione pubblica», e qui il soggetto cambia, perché divengono le società.

Il ribaltamento del titolo è la spia di una "naturale inclinazione" del legislatore delegato.

¹ Cfr. H. Bonura e G. Fonderico, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 722 ss.

il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

Si ha la sensazione che il legislatore delegato, pur affermando la coesistenza nel testo unico di due plessi normativi diversi, parta dalla prospettiva che il vero soggetto di questa disciplina siano le società di capitali, e non le pubbliche amministrazioni socie; e che quindi nell'interpretazione e applicazione del testo unico debbano "fatalmente" e "naturalmente" prevalere i principi del diritto civile e societario.

E infatti i primi commentatori del testo unico hanno avvertito questa "inclinazione naturale" degli scrittori del testo unico, e hanno di conseguenza creduto giusto e coerente qualificare la relativa disciplina come un «diritto speciale che s'innesta nel diritto societario comune»².

Dunque, da una prima lettura del testo unico e dei suoi commentatori, si desume che il testo unico è stato approvato come testo in cui coesistono i due sistemi del diritto pubblico e del diritto privato, ma nel quale, in caso di contrasto, alla fine prevale il diritto societario comune.

Ed è anche per questo motivo che la prevalente dottrina ritiene che le molte questioni interpretative che nascono nell'attuazione del testo unico, a partire da quella della nozione di società a controllo pubblico, vadano risolte facendo prevalere il diritto civile e societario, la sua logica e i suoi principi.

In realtà, a giudizio di chi scrive, così non è e non può essere.

La coesistenza di due sistemi e il prevalere di quello civilistico in caso di contrasto, rappresentano un assetto che non è soddisfacente sotto il profilo

² Cfr. C. Ibba, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica: commentario tematico ai D.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. Ibba e I. Demuro, Bologna, Zanichelli, 2018, 5, e V. Donativi, "Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. comm.*, 2018, 758-762.

In generale, sul tema delle società a partecipazione pubblica alla luce del t.u. del 2016, cfr. G. Rossi, *Le società partecipe fra diritto privato e diritto pubblico*, in *www.ridiam.it*, G. Caia, *Le società partecipe*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2017; B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme*, Bologna, il Mulino, 2017, 173 ss.; V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, Wolters Kluwer, 2016; M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus*, 2016, 521 ss.; G. Caia, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 601 ss.; Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica: commentario tematico ai D.lgs. 175/2016 e 100/2017*, cit., H. Bonura, *Le partecipazioni pubbliche*, in *La riforma della Pubblica amministrazione*, a cura di B.G. Mattarella e E. D'Alterio, Milano, Il Sole 24 Ore, 2017. Cfr. H. Bonura e G. Fonderico, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, cit., 722 ss.; A. Maltoni, *Il regime giuridico degli atti deliberativi "prodromici" delle amministrazioni nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Munus*, 2018, 883 ss.; 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*, a cura di N. Longobardi, Torino, Giappichelli, 2016, 218-219, e V. Cerulli Irelli, *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, Torino, Giappichelli, 2019, 117.

sistematico, e non è idoneo a disciplinare in modo efficace la materia e a risolvere le molteplici questioni interpretative che si presentano.

Se così è, come nel seguito si argomenta, tale impostazione, che sembra reggere il testo unico ed è seguita da ampia dottrina, deve essere superata, attraverso uno sforzo supplementare di interpretazione sistematica, per trovare il vero centro di gravità della nuova disciplina normativa³.

Nei due paragrafi successivi si evidenzierà quale dovrebbe essere la corretta interpretazione sistematica del testo unico e soprattutto si cercherà di evidenziare come tale diversa interpretazione sia quella accolta, sia pure in modo implicito, dalla prevalente giurisprudenza del giudice contabile e del giudice amministrativo.

2. Il Tusp come sistema unitario basato sulla prevalenza dell'art. 97 Cost.

Per risolvere le tante questioni interpretative che si sono poste e quelle che ancora si porranno nell'attuazione del testo unico, si deve ripartire dalla necessità, evidenziata nell'art. 16 della legge di delega, di individuare i principi fondamentali di regolazione della materia.

E si devono dunque evidenziare due necessità sistematiche.

La prima è che il testo unico, con tutte le norme contenute, sia considerato e interpretato, se possibile, come un sistema unitario, e non come il frutto dell'accostamento di due sistemi diversi.

La seconda è il riconoscimento che questo sistema unitario possa in effetti trovare al suo vertice un principio fondamentale e prevalente, in grado di guidare l'interpretazione di ogni norma e questione interpretativa controversa.

Tale principio fondamentale può essere trovato nel combinato disposto dell'art. 4, c. 1 e dell'art. 5, c. 1, Tusp, ed afferma la piena ed assoluta strumentalità delle società rispetto alle pubbliche amministrazioni socie.

La strumentalità e la funzionalizzazione delle società, della loro organizzazione ed azione, rispetto alle finalità istituzionali delle pubbliche amministrazioni socie è il vero centro di gravità sistematico e unitario di questa disciplina⁴.

³ Sulla centralità dell'esigenza della ricostruzione sistematica nell'ambito del diritto amministrativo attuale, cfr. M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss.

⁴ Il concetto di strumentalità delle società ordinarie in pubblica partecipazione era stato

il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

Infatti le pubbliche amministrazioni possono essere socie di società di capitali solo se e nella misura in cui dimostrino in modo analitico che tale partecipazione azionaria sia lo strumento necessario e conveniente per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali pubbliche⁵.

Dunque, attraverso gli artt. 4, c. 1 e 5, c. 1, il TUSP afferma un principio di piena e assoluta strumentalità di tali società rispetto alle pubbliche amministrazioni socie, e di funzionalizzazione dell'attività di tali società rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali delle pubbliche amministrazioni socie.

Dunque il TUSP va interpretato come un sistema tendenzialmente unitario, la cui essenza non è tanto esprimere un diritto speciale delle società che s'innesti nel diritto societario comune, bensì porre una disciplina sul perseguimento da parte delle pubbliche amministrazioni delle proprie finalità istituzionali tramite strumenti societari.

Pertanto il TUSP va letto anzitutto come una legge di disciplina dell'attività amministrativa, la quale si esplica attraverso un modello organizzativo privatistico, ma rimane attività amministrativa in senso proprio, retta dallo statuto unitario dell'attività amministrativa e dai principi tipici di tale attività, a partire dall'art. 97 Cost.⁶.

affermato con chiarezza da M.S. Giannini nel 1958, nel saggio intitolato *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, oggi in *Scritti*, IV, Milano, Giuffrè, 2004, 361 ss. In esso Giannini nel descrivere questo particolare tipo di impresa pubblica, dopo aver evidenziato che attraverso di essa la pubblica amministrazione «si pone come soggetto privato, e quindi agisce come operatore privato», avverte subito come «tuttavia non si deve sottovalutare il fatto che anche l'impresa pubblica in forma privata è uno strumento che ha il pubblico potere per raggiungere i suoi fini; il pubblico potere, per definizione, agisce per fini precostituiti. Ed è in fondo questo l'elemento che lega l'impresa organo, l'impresa-ente pubblico e l'impresa-ente privato». Dunque, tratto caratterizzante dell'impresa pubblica, in qualsiasi forma organizzativa si esprima, è la strumentalità al perseguimento delle finalità istituzionali del pubblico potere. E da tale elemento deriva una conseguenza fondamentale. Il pubblico potere è legittimato ad acquisire partecipazioni sociali in un organismo «non per investimento, ma per un fine d'interesse pubblico, che si puntualizza in una presenza attiva in quella società». Dunque, l'amministrazione socia deve poter «svolgere in esso azione determinante». E può farlo sia con la «maggioranza delle azioni» sia con una «minoranza consistente» che consenta una «azione inibitrice: in un indirizzo di politica economica è ben contemplabile un interesse pubblico che si puntualizzi in una mera azione inibitrice. Si può dire perciò che ove il potere pubblico è maggioranza ha azione determinante diretta, ove minoranza un'azione determinante indotta».

⁵ Sulla capacità delle pubbliche amministrazioni di essere socie di società di capitali nel nuovo quadro sistematico, cfr. in particolare A. Maltoni, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, cit., 218-219, e V. Cerulli Irelli, *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., 117.

⁶ Cfr. F.G. Scoca, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, ove si legge «[...] l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici

Al vertice del TUSP come sistema tendenzialmente unitario non sta né il principio di autonomia privata né quello di libertà di iniziativa economica come principi tipici della disciplina delle società di capitali, ma stanno i principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

A reggere sotto il profilo sistematico il TUSP non è l'art. 1, c. 3, che rinvia al codice civile e alle norme generali di diritto privato ma che investe la sola disciplina delle società, ma sono gli artt. 4 e 5 che conformano a sé tutto il testo unico, e dunque sia l'azione delle pubbliche amministrazioni sia l'organizzazione e l'attività delle società di capitali (quali organizzazioni e attività strumentali necessarie al perseguimento, secondo imparzialità e buon andamento, delle finalità istituzionali delle pubbliche amministrazioni socie).

In questa prospettiva, il primario valore sistematico e ordinamentale del TUSP è proprio quello di aver dato attuazione all'art. 97 Cost. con riferimento all'azione amministrativa che le pubbliche amministrazioni svolgono attraverso le società di capitali cui partecipano⁷.

L'organizzazione e l'attività delle società di capitali partecipate dalle pubbliche amministrazioni vengono così attratte nello statuto unitario dell'attività amministrativa, e sottoposte all'incidenza immediata e totale delle norme costituzionali relative a tale attività.

E dunque tutti i problemi interpretativi che possono nascere nell'attuazione del testo unico dal contrasto tra la logica privatistica e quella pubblicistica (come quello della nozione di società a controllo pubblico), vanno risolti alla luce dell'art. 97 Cost., e dei principi che ne sono attuazione in questa materia: il perseguimento delle finalità istituzionali; l'efficiente gestione delle partecipazioni; la razionalizzazione della spesa pubblica; l'obbligo di motivazione analitica.

(ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)».

⁷ Sul punto le osservazioni ancora attuali di G. Sala, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, in *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, a cura di V. Domenichelli e G. Sala, Padova, Cedam, 2007, 72. Sia consentito altresì rinviare alle osservazioni avanzate in J. Bercelli, *Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell'attuazione del Testo Unico*, in *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, a cura di G. Sala e G. Sciuillo, Napoli, ESI, 2017, 213 ss., ed in J. Bercelli, *Prevalenza dei principi di diritto amministrativo e nozione di società a controllo pubblico nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Diritto amministrativo e società civile. Vol. I. Studi introduttivi*, Bologna, BUP, 2018, 449 ss.

il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

Dunque nel TUSP coesistono sì i principi del diritto amministrativo (art. 1, c. 2) e quelli del diritto civile e societario (art. 1, c. 3), ma i primi devono essere considerati prevalenti in caso di conflitto. A queste società certamente si applicano sia discipline tipicamente privatistiche sia discipline tipicamente pubblicistiche, ma, nei casi dubbi e per le norme di incerta applicazione e interpretazione, nel ricercare il regime più congruo con i caratteri organizzativi e funzionali di queste società, la necessaria interpretazione sistematica e teleologica deve partire dal principio del perseguimento delle finalità istituzionali e dagli altri sopra indicati, espressione dell'art. 97 Cost.⁸.

3. Il sostanziale accoglimento da parte della giurisprudenza amministrativa e contabile di tale impostazione sistematica fondata sulla prevalenza dell'art. 97 Cost.

Questa visione del sistema del TUSP come fondato sulla prevalenza dell'art. 97 Cost., pur non avendo trovato sostanzialmente spazio nella dottrina, tuttavia viene accolta ed applicata – sia pure in modo implicito – nella prevalente giurisprudenza della Corte dei conti, dei TAR e del Consiglio di Stato.

In primo luogo, si deve qui ricordare come le pronunce delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti intervenute nel 2018 sulla nozione di società a controllo pubblico, nel tentativo di risolvere in via interpretativa le difficoltà inerenti a tale problematica nozione, hanno affermato con nettezza di dover ricorrere ad una «lettura sistematica del decreto», così implicitamente evidenziando che il decreto è riconducibile e interpretabile alla luce di un unico sistema, ed hanno dato una lettura chiaramente pubblicistica di tale sistema⁹. In modo analogo, la necessità di una «interpretazione logico-sistematica» è stata evidenziata anche dall'atto di orientamento della

⁸ Dunque non si vuole qui affermare né una vera natura pubblica di queste società né il loro essere assolutamente pubbliche, ma chiarire quale è il quadro sistematico e teleologico della disciplina contenuta nel TUSP. Sull'importanza dell'interpretazione sistematica e teleologica delle discipline dettate per le figure soggettive civilistiche utilizzate dalla normazione amministrativa, cfr. G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss. Sull'impossibilità di definire siffatte figure soggettive come assolutamente private o assolutamente pubbliche, alla luce del metodo gradualista, cfr. G. Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi. Vol. I. Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni*, Torino, Giappichelli, 2019, 20 ss.

⁹ Cfr. per tutte sezione regionale di controllo per la Liguria, deliberazione n. 3/2018/PAR.

struttura di monitoraggio del Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) del 15 febbraio 2018.

Ma soprattutto, ci si vuole qui riferire alle seguenti più recenti pronunce dei giudici contabili e amministrativi: Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, 20 giugno 2019, n. 11; TAR Veneto, sez. I, 17 settembre 2019, n. 999; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 2 settembre 2019, n. 1935; Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578.

3.1. Le sezioni riunite della Corte dei conti in sede di controllo, con la pronuncia n. 11/2019, hanno risolto in modo chiaro e soddisfacente uno dei problemi interpretativi che maggiormente sofferiva della mancanza di unitarietà sistematica del TUSP, ossia il problema della nozione di società a controllo pubblico.

Si tratta di una pronuncia nella quale, per la prima volta in modo espresso e netto, viene affermato che nel TUSP è contenuto un «esplicito criterio di prevalenza» delle norme e dei principi del testo unico stesso rispetto alle norme del codice civile. Da tale fondamentale affermazione consegue che la nozione di società a controllo pubblico contenuta nell'art. 2, TUSP non va inquadrata nel sistema del codice civile, ma nel particolare sistema del testo unico stesso, le cui norme prevalgono su quelle del codice civile.

Il TUSP, dunque, secondo la Corte, va ricostruito secondo la sua sistematica unitaria, che prevale su quella del codice civile.

Questa pronuncia, a parere di chi scrive, trova il proprio fondamento, sia pure inespresso, nella considerazione che la sistematica specifica e unitaria del TUSP si fonda sull'art. 97 Cost.

3.2. La sentenza del TAR Veneto, I, n. 999/2019, ribadisce che nelle società a partecipazione pubblica vi è sempre la necessità che l'ente pubblico socio possa incidere sulle decisioni della società, così da garantire condizioni di gestione del servizio che, senza l'intervento pubblico, non sarebbero garantite.

Pertanto non basta che gli enti locali soci detengano il sessanta per cento delle azioni, è necessario che in concreto, alla luce dello statuto e dei patti parasociali, gli enti locali soci abbiano il controllo della *governance* della società.

Anche il TAR Veneto, dunque, pone al centro del fenomeno delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni non certo il codice civile e i suoi principi, ma l'art. 4, c. 1, TUSP, ossia la strumentalità di tali società al perseguimento, in modo adeguato, delle finalità istituzionali delle pubbliche amministrazioni socie.

il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

E il concetto dell'adeguatezza dello strumento al perseguimento del fine pubblico è certamente riconducibile all'art. 97 Cost.

3.3. La sentenza del TAR Lombardia, Milano, I, n. 1935/2019, con riferimento ad una società a partecipazione pubblica che svolge il servizio di vendita di gas e luce, evidenzia che la partecipazione pubblica deve servire a garantire condizioni di accessibilità ai servizi di interesse generale differenti e migliori rispetto a quello che avverrebbe in assenza di intervento pubblico. E di ciò i Comuni soci devono dare compiuta motivazione analitica.

Dunque, anche per il TAR Lombardia, nel fenomeno delle società a partecipazione pubblica, l'elemento centrale è il perseguimento delle finalità istituzionali degli enti pubblici soci, e il rispetto dell'obbligo di motivazione analitica delle scelte organizzative compiute.

Dunque al centro del fenomeno vi sono i principi di legalità, imparzialità e buon andamento nel perseguimento, da parte degli enti pubblici soci, delle proprie finalità istituzionali.

Appare dunque chiaro che anche per il TAR Lombardia il sistema del TUSP va inquadrato nell'art. 97 Cost., più che nel sistema del codice civile.

3.4. Il Consiglio di Stato, V, n. 578/2019, ha rimarcato come l'art. 4, TUSP «pone limiti alla capacità generale delle amministrazioni pubbliche di costituire o acquisire partecipazioni in società di capitali», e per questa via arriva ad affermare che se gli enti locali hanno partecipazioni pulviscolari in società pubbliche che gestiscono servizi di interesse generale, tali enti locali hanno l'obbligo di stipulare tra loro adeguati patti parasociali, «adeguati e tendenzialmente stabili strumenti negoziali di coordinamento: così da poter davvero orientare al fine pubblico l'esercizio dell'attività d'impresa».

Anche il Consiglio di Stato, dunque, pone al centro della sua ricostruzione il fine pubblico, le finalità istituzionali degli enti soci, e non certo il principio di autonomia privata e il codice civile.

3.5. Si deve tuttavia anche segnalare come paiono andare in senso contrario a quanto qui sostenuto due recenti pronunce della Corte dei conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, ossia le sentenze 29 luglio 2019, n. 25 e 22 maggio 2019, n. 19.

In esse infatti espressamente si afferma che il testo unico, con tutte le sue norme, va interpretato alla luce del rinvio alle norme di diritto privato contenuto nell'art. 1, c. 3, in quanto tale norma di rinvio «costituisce la direttrice interpretativa di tutte le disposizioni dettate dal TUSP per le società a partecipazione pubblica [...] a garanzia dell'omogeneità della disciplina di

diritto comune». Secondo queste pronunce, dunque, vi è un unico sistema di riferimento per interpretare la disciplina del testo unico, rappresentato dal codice civile e dalle norme di diritto privato.

4. Conclusioni

Affinché il TUSP possa assolvere fino in fondo il ruolo di nuovo testo di riferimento della materia, esso va preferibilmente ricostruito in modo unitario sotto il profilo sistematico, come disciplina dell'attività amministrativa svolta dalle pubbliche amministrazioni tramite società di capitali.

Dunque, tutto il complesso normativo del testo unico va letto alla luce dei principi dell'art. 97 Cost., considerati come prevalenti in caso di conflitto rispetto al rinvio al codice civile e al diritto privato in generale.

Tale inquadramento sistematico tendenzialmente unitario appare essere l'unica chiave per dare alla nuova disciplina quella chiarezza e quella coerenza che lo strumento del testo unico deve garantire.

Nonostante la dottrina fino ad oggi sia parsa incline a interpretare le norme del TUSP alla luce di una supposta prevalenza dei principi codicistici, la Corte dei conti, i TAR e il Consiglio di Stato, invece, stanno manifestando in prevalenza una concreta consapevolezza della necessità che il TUSP venga interpretato alla luce anzitutto dei principi pubblicistici propri del testo unico ed espressi nell'art. 1, c. 2, quali principi attuativi dell'art. 97 Cost.

Abstract

At first sight, the legislative decree no. 175 of 19 August 2016, seems to be based both on public and civil law legal systems, the latter prevailing over the former in case of conflict. Nevertheless such a reading is not satisfactory. That statute law has indeed to be read in the light of the principles informing the article 97 Cost., which are to be considered as prevailing over civil law. A number of decisions of administrative courts come out in favour of this interpretation.

CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO

RIFLESSIONI GIURIDICHE SU DIFESA
EVALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO CULTURALE
AL TEMPO DELLA GLOBALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. I beni culturali nella rete dei rapporti nazionali e internazionali. – 2. I beni culturali nella rete dei rapporti globali. – 3. La rete delle convenzioni internazionali. Il caso del patrimonio culturale immateriale. – 4. Una buona globalizzazione per i beni culturali.

1. I beni culturali nella rete dei rapporti nazionali e internazionali

I beni culturali si trovano in una “rete di rapporti”¹, così si esprimeva già nell’Italia degli anni Quaranta Giuseppe Bottai, Ministro dell’educazione nazionale, e grande promotore della legge italiana sulle “cose d’arte” del 1939, per alludere alla circostanza che i beni culturali, e più in generale il patrimonio culturale, si trova immerso in una “rete” di interessi molteplici: quello pubblico alla salvaguardia del bene, quello privato al libero uso dello stesso, ma anche, quello ancor più generale, di tutta la collettività alla fruizione del bene. Senza trascurare, poi, quelli di natura economica e commerciale, tali da rendere la categoria dei beni culturali l’oggetto di una continua tensione.

Il fatto è, inoltre, che, almeno secondo la prevalente visione della dottrina italiana, seguita, diversi anni più tardi, anche dalla legislazione italiana, i beni culturali si caratterizzano per essere una testimonianza, materiale o immateriale, di civiltà che li rende spesso slegati, o comunque non necessariamente ancorati, a un confine o ad un’identità nazionale, tale che il loro valore si pone su di un piano universale².

¹ G. Bottai, *Politica fascista delle arti*, Roma, Signorelli, 1940, 123. Per una più compiuta analisi sui contenuti delle c.d. leggi Bottai e le implicazioni connesse alla loro attuazione nell’ordinamento italiano, si veda S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in ID., *L’Amministrazione dello Stato*, Saggi, Milano, Giuffrè, 1976.

² Com’è noto la nozione di beni culturali quali «testimonianze materiali aventi valori

Non sorprende, dunque, a conferma della vocazione “ultra statale” dei beni culturali, che anche il legislatore internazionale si sia, da tempo, occupato del tema, a cominciare – secondo la sua originaria vocazione di essere *ius belli ac pacis* – dalla salvaguardia degli stessi dalla pericolosa prassi, che si era diffusa, in particolare durante la seconda guerra mondiale, di distruggere, deturpare o impossessarsi delle opere d’arte presenti nel territorio nemico. L’attenzione, dunque, della comunità internazionale trovò un suo punto di sintesi nell’approvazione della Convenzione dell’Aja per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato del 1954. D’altra parte, è proprio alla fase di elaborazione della Convenzione dell’Aja che viene fatto risalire il primo utilizzo del termine “bene culturale”, almeno in ambito internazionale, dal momento che in Italia esso appare essere ancora antecedente³.

Nel contesto descritto, elemento essenziale, e come di fulcro, della tensione ultra statale dei beni culturali, si configurava, tanto nel diritto interno quanto in quello internazionale, il concetto di “confine”. Era quest’ultimo, infatti, il perimetro entro il quale il bene poteva e doveva essere protetto sia dagli attacchi armati di nemici e aggressori *ab externo*, in tal caso obbligati comunque al rispetto delle normative convenzionali, ma anche dagli “appetiti” di un mercato i cui principali attori rivelavano da sempre una vocazione cosmopolita.

D’altra parte, le grandi dispute internazionali sul ritorno in patria di alcune opere d’arte o reperti archeologici sottratti al territorio di origine, spesso all’esito di guerre o comunque durante le dominazioni straniere, costituiscono da sempre oggetto di dibattito internazionale. Così, a titolo di esempio, in un passato relativamente recente, è stato risolto, con la restituzione da parte del governo italiano, il caso della c.d. stele di Axum, 2003, portata in Italia al termine della guerra in Etiopia. Permangono, invece, ancora oggi,

di civiltà» viene elaborata all’esito dei lavori svolti dalla Commissione Franceschini incaricata dal Parlamento (con l. 26 aprile 1964 n. 310) di svolgere un’indagine sui beni culturali in Italia. Gli atti e documenti della Commissione Franceschini sono stati raccolti in tre volumi e pubblicati nel 1967 con il titolo *Per la salvezza dei beni culturali in Italia*, Roma, Colombo, 1967. La nozione così elaborata dalla Commissione fu fatta propria dalla parte più avvertita della dottrina italiana che non mancò di farvi riferimento anche per le successive significative elaborazioni teoriche a riguardo, tra cui le ben note riflessioni di M.S. Giannini (*I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975). Solo negli anni ’90 il legislatore italiano, con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, si allineerà alle elaborazioni dottrinali facendo propria tale nozione.

³ Nello specifico, M. Grisolia già negli anni Cinquanta del secolo scorso (*La tutela delle cose d’arte*, Roma, Soc. ed. Foro italiano, 1952, 152) utilizzava l’espressione «beni culturali» mutuandola dal Rapporto degli esperti redatto nell’ottobre del 1949 da Georges Berlia a conclusione della riunione convocata dall’Unesco e tenutasi a Parigi tra il 17 e il 21 ottobre 1949, sul punto, R.F. Lee, *Compte rendu de la réunion d’Experts*, in *Museum* (1950), 90 ss.

riflessioni giuridiche su difesa e valorizzazione del patrimonio culturale

le forti tensioni internazionali tra la Grecia e la Gran Bretagna, non senza recenti coinvolgimenti dell'Unione europea, legate alla richiesta di restituzione dei fregi del Partenone esposti al British Museum di Londra, asportati dal diplomatico inglese Lord Elgin nel XIX secolo.

2. I beni culturali nella rete dei rapporti globali

Negli ultimi trent'anni con l'avvento di quell'incalzante e inarrestabile fenomeno mondiale che è la globalizzazione, la cui caratteristica è quella di rendere incerto, se non pressoché nullo il concetto di *confine*, la tensione tra l'ambito nazionale e quello internazionale, tra il diritto interno e il diritto internazionale, si è accresciuta.

Il settore dei beni culturali, e più in generale del patrimonio culturale, non è, infatti, esente dall'essere coinvolto, come, d'altra parte, ogni settore della vita umana (economia, commercio, tecnologia, persino difesa e sanità) in questo processo, tale da potersi affermare che la "rete di rapporti" in cui sono immersi i beni culturali è, ormai, divenuta globale.

Quando si parla di globalizzazione nell'ambito dei beni culturali ci si chiede quali effetti il fenomeno comporti⁴, nella constatazione che una serie di questioni di ordine giuridico seppure alcune delle quali siano da sempre legate al tema del patrimonio culturale, sono divenute più urgenti e necessitano, dunque, tanto da parte del giurista, quanto del legislatore, di nuove riflessioni e soluzioni.

Si ritiene qui di indicare, poco più che a titolo di *exempla*, alcuni dei principali fenomeni che hanno investito il mondo del patrimonio culturale nel clima della globalizzazione.

Una prima conseguenza di questo processo può essere considerata, senz'altro, l'incalzante aumento della "domanda di cultura"⁵ nelle sue mol-

⁴ Pressoché tutte le scienze sociali si sono occupate del fenomeno della globalizzazione (economia, sociologia, diritto...). Per una riflessione sul rapporto tra globalizzazione e diritto *ex multis* J.B. Auby, *La globalisation, le droit l'Etat*, Paris, LGDJ ed., 2007; nella letteratura italiana si veda, P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 151ss.; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, il Mulino, 2005; M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000. Della stessa autrice, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁵ Sul punto *La globalizzazione dei beni culturali*, a cura di L. Casini, Bologna, il Mulino, 2010, 13; Ancora sul rapporto tra globalizzazione e beni culturali, cfr. L. Arizpe, *Cultural heritage and globalization*, in *Values and heritage conservation. Reaserch report*, a cura di E. Avrami, M. Randall e M. De la Torre, Los Angeles, Getty Conservation Institute, 2000; M. De la Torre

teplici forme. Ed infatti, l'abbattimento delle barriere e la costante connessione di ogni parte del mondo ha indotto a un accrescimento dei "bisogni culturali", cui ha fatto seguito, sia un aumento del volume del commercio internazionale di beni culturali, sia anche un forte accrescimento degli spostamenti delle persone, proprio a scopi culturali: basti pensare che nel 2001 i visitatori del Louvre a Parigi erano "appena" 5 milioni, per arrivare a un picco di 9,6 milioni nel 2019, di cui, ciò che appare ancor più interessante, "solo" il venticinque per cento sono francesi, i tre quarti dei visitatori sono infatti cittadini stranieri (provenienti principalmente da Cina, USA, e Europa) mentre nel 2010 e nel 2011, con una stima di 8,5 milioni di visitatori annui, si calcolava che ben un terzo fossero cittadini francesi⁶.

Né, del resto, a muoversi per soddisfare la crescente domanda di cultura sono soltanto le persone. Negli ultimi decenni, infatti, si è assistito a un nuovo fenomeno, quello della mobilità degli stessi beni culturali, per l'accrescersi di prestiti intercorrenti tra i musei o tra gli Stati in occasioni di grandi mostre o eventi di risonanza internazionale. Ciò, tuttavia, solo sulla base di accordi bilaterali tra le parti, la cui corretta esecuzione è affidata, in assenza di fonti internazionali unitarie riconosciute, per lo più, al buon senso delle parti stesse⁷.

Un fortissimo incremento ha avuto, altresì, il mercato commerciale dei beni culturali, sia lecito che illecito. Il primo, infatti, si è evoluto da mercato principalmente nazionale a mercato di rilievo mondiale, ciò per effetto, tra l'altro, dell'ingresso sulla scena internazionale, come principali investitori, anche di Paesi emergenti quali Brasile, India, Russia e soprattutto, Cina⁸. Si calcola, infatti, che il mercato di opere d'arte generi un commercio di circa 14,6 miliardi di euro solo in Europa, supportato dall'azione sempre più rilevante delle case d'asta internazionali, che con l'utilizzo dello strumento del web, realizzano aste online, senza, dunque, alcun confine.

Bisogna, altresì, constatare, come di notevole rilievo sia, oggi più che mai, anche il traffico illecito di opere d'arte, che si affianca per numeri e volume ai più noti mercati criminali di armi e droga⁹. Anche in questo

e S. Basilico, *Redéfinir le patrimoine à l'heure de la globalisation. Des cultures et des hommes. Clefs anthropologiques pour la mondialisation*, Paris, Collection Logiques sociales 2005, 15 ss.

⁶ <https://presse.louvre.fr/96-millions-de-visiteurs-br-au-louvre-en-2019/>.

⁷ Più nel dettaglio sul punto si veda, I. Chiavarelli, *Il prestito e lo scambio*, in *La globalizzazione dei beni culturali*, cit., 113.

⁸ Per una riflessione sul mercato mondiale dell'arte anche in seguito alla grave crisi economia degli anni 2007-2008, con uno sguardo rivolto anche al contesto cinese, si veda G.M. Schmit e A. Dubrulle, *Le marché de l'art*, Paris, La documentation française, 2014.

⁹ Sul punto cfr. M. Manacorda e D. Chappel, *Crime in art and antiquities world editors*,

riflessioni giuridiche su difesa e valorizzazione del patrimonio culturale

caso è evidente la tensione tra la dimensione nazionale e quella internazionale, e la mancanza del relativo coordinamento tra i tentativi, spesso eccessivi, di proibire le esportazioni da parte degli Stati nazionali, e l'esigenza di apprestare meccanismi efficaci di contrasto a queste attività illecite per le quali pure le norme del diritto internazionale, allo stato, sembrano non essere adeguate¹⁰.

Appare, in effetti, evidente, anche da questa breve carrellata di esempi, come gli antichi problemi collegati alla tutela, conservazione e valorizzazione dei beni culturali debbano trovare una sistemazione, anche normativa, capace di farsi carico della loro nuova "condizione globale".

Sebbene, infatti, i beni culturali e, più in generale, il patrimonio culturale, siano da sempre tradizionalmente, un settore privilegiato dell'apparato giuridico e amministrativo dello Stato, queste ed altre questioni impongono la necessità della creazione di risposte globali, che travalichino i confini nazionali.

È appena il caso di ricordare che, a questo proposito, la legislazione italiana ha una lunga tradizione nel regolare le *cose d'arte* . Ed infatti, le già citate leggi del 1939 – ora incorporate nel codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004, sia pure molto rimaneggiate negli anni – sono state e sono, tutt'ora, un modello per altri Paesi come Spagna e Grecia¹¹.

Peraltro, la particolare ricchezza del patrimonio di beni culturali italiano aveva fatto sì che, sin dal periodo rinascimentale, gli antichi Stati italiani preunitari si fossero posti l'obiettivo di una legislazione dei beni culturali che, oltre a garantirne la conservazione, tendesse a porre un freno alla vera e propria emorragia di esportazione dei beni italiani verso l'estero, agevolata dalla frequente presenza di potenze straniere anche in posizione di sovranità. Si ricordi, a questo proposito, il primo intervento normativo in tema di salvaguardia dei beni artistici e storici con una vocazione alla risoluzione di questioni anche di profilo internazionale che può definirsi organico e che realizzò un modello, per l'epoca, particolarmente innovativo, e a cui si

New York, Springer, 2014, in cui traspare con chiarezza come il mercato del traffico illecito dei beni culturali o quello della falsificazione delle opere d'arte sia una realtà criminale complessa, con significativi risvolti economici, e nella quale sono coinvolte vere e proprie organizzazioni criminali che giungono ad avere ramificazioni internazionali

¹⁰ Cfr. M. Savino *La circolazione illecita*, in *La globalizzazione dei beni culturali*, cit., 141.

¹¹ Sulla legislazione dei beni culturali in Italia, *ex multis*, si vedano M. Ainis e M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*³, Milano, Giuffrè, 2015; F.S. Marini, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 20002; T. Alibrandi e P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*⁴, Milano, Giuffrè, 2001; C. Barbati, M. Cammelli M., L. Casini, G. Sciuolo e G. Pipherata, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, il Mulino, 2017.

ispirarono anche gli interventi legislativi successivi. Si tratta del c.d. editto Pacca, emanato a Roma il 7 aprile 1821 sotto il pontificato di Pio VIII¹², in esso si rintracciano alcuni di quelli che saranno gli elementi portanti della legislazione futura in materia, di epoca preunitaria e non solo¹³.

Né si può dimenticare che il decreto Pacca è, in fondo, non di molto successivo al trauma del vero e proprio saccheggio delle opere d'arte italiane, e della stessa Roma, operato dalle truppe napoleoniche durante le campagne italiane del futuro imperatore¹⁴. Esse indussero celebri artisti tra cui Antonio Canova, che godeva di particolare stima presso il generale francese, a organizzare una vera e propria spedizione nel 1796 presso la corte di Napoleone per cercare di recuperare i capolavori italiani. («Lasci, vostra Maestà, almeno qualche cosa all'Italia!»).

3. La rete delle convenzioni internazionali. Il caso del patrimonio culturale immateriale

Appare evidente, dunque, la necessità che il legislatore nazionale assuma rispetto alla nuova, e ancor più insidiosa, debolezza, se non assenza di fatto, dei tradizionali confini cui si affidava in passato la tutela dei beni culturali, una nuova postura che anzitutto guardi alla funzione del diritto internazionale in materia, ma non solo.

Si impone, nei fatti, un nuovo atteggiarsi della legislazione che sia anche capace, grazie ad uno sguardo comparatistico rispetto alle diverse legislazioni nazionali e internazionali, di assumere nuove definizioni e rinnovata efficacia.

Ed è per questo che il diritto internazionale prodotto delle grandi organizzazioni internazionali, tra cui principalmente l'Organizzazione delle

¹² Invero, già nel 1802 nello Stato della Chiesa, Papa Pio VII Chiaromonte aveva emanato in materia un famoso *chirografo* con il quale si dava «completa definizione della natura e del concetto del patrimonio romano», sul punto A. Emiliani *Una Politica dei beni culturali*, Torino, Einaudi, 1974, 39. Ad avviso dell'Emiliani, il *chirografo*, ispirato probabilmente dallo stesso Canova, «getta le basi definitive di ogni legislazione artistica». È notevole, in esso, lo sforzo di conciliare il dettato coercitivo delle norme con i vantaggi a favore della scuola, della ricerca, e dell'«utile economico» che da quelle disposizioni normative sarebbero derivati.

¹³ Sull'influenza esercitata dall'editto Pacca sulla successiva legislazione preunitaria, si veda M. Cantucci, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico e storico*, Padova, Cedam, 1953, 7 ss.

¹⁴ Si ricordi, ad esempio, che con il trattato di Tolentino del 19 febbraio 1797, Napoleone costrinse il Papa a cedere alla Repubblica francese oltre un centinaio di opere d'arte, tra sculture, dipinti, libri rari e manoscritti antichi. Sul punto si veda P. Wescher, *I furti d'arte. Napoleone e la nascita del Louvre* (1974), trad. a cura di F. Cuniberto, Torino, Einaudi, 1988.

riflessioni giuridiche su difesa e valorizzazione del patrimonio culturale

nazioni per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO) ha acquisito negli anni sempre maggiore centralità.

In effetti, può dirsi che con la globalizzazione il diritto dei beni culturali è entrato in una costellazione complessa, costituita, tra l'altro, dalla presenza di numerose convenzioni di diritto internazionale e anche di diritto europeo, si ricordi a questo proposito, tra le altre, l'azione del Consiglio d'Europa, con la ben nota, per innovatività ma anche per le difficoltà nell'iter di ratifica da parte di molti Stati, Convenzione di Faro sul valore del patrimonio culturale per la società del 2005¹⁵. Tali convenzioni, nate per l'esigenza di assicurare una tutela, da parte degli Stati, alle minacce a carico del patrimonio culturale, incontrano ormai – come la generalità degli ambiti toccati dal “mercato globale” – l'inedita realtà della nascita di un “diritto globale”, che comprende gli Stati, ma che va oltre gli stessi, e che è prodotto, com'è noto, dalla proliferazione di organizzazioni e regimi ultrastatali, che è costituito da linee guida, *policies*, *standard* e altri meccanismi di *soft law*¹⁶. Si pensi, solo per fare un esempio all'azione dell'*International Council of Museums (ICOM)*, i cui documenti hanno progressivamente acquisito rilievo mondiale, soprattutto in ragione della loro larga diffusione.

Proprio a questo proposito deve essere sottolineata, in quanto rappresenta un “fatto” nuovo nascente proprio dalla globalizzazione, l'importante azione svolta dall'UNESCO per offrire protezione a una categoria di patrimonio per lungo tempo posta in secondo piano nell'ambito delle politiche legislative del diritto, sia nazionale che internazionale: il patrimonio culturale immateriale.

È noto, infatti, come l'azione dell'UNESCO sia stata per lungo tempo rivolta, con la Convenzione per la protezione del patrimonio mondiale e naturale del 1972, alla tutela del patrimonio materiale e naturale di eccezionale valore (artistico, storico, architettonico, naturale etc.) il quale riceve con l'iscrizione nelle liste rappresentative UNESCO l'appellativo di “capolavoro dell'umanità”.

¹⁵ L'entrata in vigore della Convenzione è andata, in effetti, piuttosto a rilento. Il testo, infatti, è entrato in vigore solo nel 2011. Ad oggi, sono 19 gli Stati che l'hanno ratificata, tra essi manca ancora l'Italia che l'ha firmata nel 2013, tuttavia il relativo disegno di legge di ratifica è ancora all'esame del Parlamento. Più diffusamente sulla Convenzione di Faro, A. D'Alessandro, *La Convenzione di Faro e il nuovo Action Plan del Consiglio d'Europa per la promozione di processi partecipativi*, in *Citizens of Europe. Culture e Diritti*, a cura di L. Zagato e M. Vecco, Venezia, Ed. Ca' Foscari, 2015, pp. 77-92.

¹⁶ Per una riflessione più ampia sulla complessità dei processi decisionali degli Stati e non solo nello “spazio giuridico globale”, si veda L. Casini, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, il Mulino, 2019.

Ma il mutamento stesso del concetto di “cultura”, anche a livello internazionale, con l’assunzione della consapevolezza che proprio l’azione dei principali organismi internazionali non può più tendere all’affermazione di un’unica cultura globale a detrimento delle diversità e dei particolarismi culturali, insieme all’incipiente dilagare del fenomeno della globalizzazione, ha posto l’attenzione sull’esigenza di tutela della categoria del patrimonio culturale immateriale.

È proprio, infatti, dalle testimonianze dei Paesi dell’America Latina, e comunque segnatamente di quelli extra europei, che negli ultimi decenni del secolo scorso si sono accesi i riflettori sulle tematiche legate alla salvaguardia di un patrimonio non legato a un sedime stabile come i monumenti e che quindi risulta essere particolarmente fragile, specialmente perché minacciato dagli effetti omologanti della globalizzazione.

I Paesi in via di sviluppo, infatti, per i quali gli elementi legati all’oralità e alla tradizione rappresentano la principale dimensione del patrimonio culturale e naturale, avevano mostrato preoccupazione per la continua perdita e erosione del loro patrimonio intangibile¹⁷.

D’altra parte, l’indubbio successo delle politiche UNESCO avviate dalla Convenzione del 1972 sul patrimonio mondiale costituiva l’esempio di una significativa pratica nel campo della conservazione dei siti culturali e dei paesaggi culturali o naturali. Ed in effetti, proprio la presenza nelle prime posizioni, nelle liste UNESCO del patrimonio materiale, di cinque Paesi, relativamente piccoli dell’Europa Occidentale, (Italia, Spagna, Germania, Francia e Gran Bretagna) dimostrava la necessità di allargare la legislazione internazionale di protezione dei patrimoni culturali anche a quelli che si esprimevano sotto la forma immateriale di conoscenze e abilità tradizionali, così come nella musica e nella danza, nel teatro e nelle *performances* rituali. Tutte manifestazioni culturali, queste ultime, escluse dalla Convenzione UNESCO del 1972.

È così, dunque, che il 17 ottobre 2003, dopo una non facile fase di gestazione¹⁸, la Conferenza generale UNESCO adotta la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale¹⁹.

¹⁷ Per una riflessione sul marcato eurocentrismo o occidentalismo della Convenzione del 1972 si veda S. Labadi, *Unesco Cultural Heritage, and Outstanding Universal Value. Value-based Analysis of the World Heritage and Intangible Cultural Heritage Conventions* Lanham 2013, Lahnam, Altamira Press, 130.

¹⁸ Sulla lunga genesi della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio immateriale del 2003, si veda L. Lankarani El-Zein, *L’avant-projet de convention de l’Unesco pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel: évolution et interrogations*, in 48 *Annuaire français de droit international* (2002), 624-656.

¹⁹ Sulla Convenzione, si veda A. Sola, *Quelques réflexions à propos de la convention pour*

riflessioni giuridiche su difesa e valorizzazione del patrimonio culturale

L'art. 2 par. 1 della Convenzione definisce il patrimonio culturale immateriale come «le pratiche, le rappresentazioni, le conoscenze, e il *know how* che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui, riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale»²⁰.

È già da questa semplice definizione che si colgono le significative differenze con la tutela fino a quel momento apprestata al patrimonio, per così dire, materiale. Quest'ultimo, infatti, al pari di quello naturale, è tale per il semplice fatto di esistere; esso, dunque, non necessita dell'elemento della condivisione che invece vede la partecipazione attiva dei gruppi o delle comunità.

Il patrimonio immateriale, infatti, è anzitutto un patrimonio vivente che esiste proprio nella misura in cui vi è una comunità che si riconosce in esso e continuamente lo ri-crea²¹. Ed è a quest'ultimo profilo che si collega un altro carattere distintivo del patrimonio immateriale, vale a dire la rinuncia all'idea di “eccezionalità” che aveva da sempre caratterizzato le politiche, internazionali e nazionali, di salvaguardia del patrimonio culturale, fino a quel momento.

La Convenzione del 2003 rappresenta, infatti, la volontà di tutelare un patrimonio, per così dire “normale”, non eccezionale, minacciato proprio perché “ordinario”, e la cui specificità risiede nel valore identitario che esso ha per le comunità di riferimento.

Vi è qui solo da ricordare, infine, che un'altra Convenzione UNESCO nata nel clima del contrasto agli effetti omologanti della globalizzazione è altresì la Convenzione sulla protezione e promozione delle diversità culturali del 2005 che nel suo preambolo, non a caso, afferma come la globalizzazione sia una vera e propria «sfida per le diversità culturali».

la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, in *The Cultural Heritage of Mankind*, a cura di J. Nafziger e T. Scovazzi, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; *Droit et patrimoine culturel immatériel*, a cura di M. Cornu, J. Fromageau e C. Hottin, Paris, L'Harmattan, 2013; J. Blake, *Unesco's 2003 Convention on intangible cultural heritage: implications of community involvement*, in *Safeguarding intangible heritage. Practices and politics*, a cura di L. Smith e N. Akagawa, London-NewYork, Routledge, 2018.

²⁰ Per una ricostruzione più ampia del significato della nozione di patrimonio immateriale fornita dalla Convenzione si veda T. Scovazzi, *The Unesco Convention for the safeguarding of the intangible cultural heritage. General remarks*, in *The legal protection of intangible cultural heritage. A comparative perspective*, a cura di P.L. Petrillo, Switzerland, Springer, 2019, 4 ss.

²¹ Sul punto si veda T. Scovazzi, *La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, in *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di T. Scovazzi, B. Ubertazzi e L. Zagato, Milano, Giuffrè, 2012, 11 ss.

4. Una buona globalizzazione per i beni culturali

La globalizzazione nel campo dei beni culturali, tuttavia, può essere declinata anche da un altro punto di vista. Si vuole qui provare a darne solo qualche cenno.

Il patrimonio culturale, infatti, può essere anche interpretato come uno dei maggiori strumenti con cui può *positivamente* realizzarsi la globalizzazione, intesa come dialogo tra le comunità e abbattimento delle frontiere.

Il *cultural heritage*, dunque, non solo come uno dei tanti oggetti (vittime?) di questo processo, ma anche un protagonista, lo strumento di una “buona” realizzazione del processo di globalizzazione. Ciò a partire dalla già ricordata caratteristica peculiare del patrimonio culturale, vale a dire, proprio dalla sua capacità di superare i confini delle singole nazioni, di rafforzare la propria universalità anche nelle caratterizzazioni locali e particolari, ponendosi, pertanto, quale valore inestimabile per l’umanità intera.

In effetti, le stesse già citate Convenzioni UNESCO del 2003 e del 2005 vanno rivelando, accanto alla finalità *conservativa* per la quale erano nate, una diversa efficacia di tipo *propulsivo*, capace di profittare anche delle straordinarie possibilità offerte dal processo di globalizzazione, vale a dire quella di essere uno strumento per diffondere le diversità culturali e patrimoniali di quelle comunità, in quanto patrimonio dell’intera umanità.

È infatti proprio a partire dal più fragile e minacciato retaggio culturale prodotto nei millenni dalla civiltà dei popoli, vale a dire dal patrimonio immateriale, che è possibile cogliere un diverso volto, quasi l’altra faccia della medaglia della globalizzazione.

Si può, infatti, osservare come proprio gli elementi (per usare l’espressione propria della Convenzione) del patrimonio culturale intangibile godano delle proprietà possedute dalle idee secondo il noto paradosso di George Bernard Shaw: «se tu hai una mela e io ho una mela, e ce le scambiamo, allora tu ed io abbiamo sempre una mela ciascuno. Ma se tu hai un’idea e io ho un’idea, e ce le scambiamo, allora entrambi abbiamo due idee».

Così, un bene immateriale vale come una “buona idea” che gli uomini di qualche parte del mondo sono venuti elaborando e trasformando nel corso dei secoli, e che costituisce oggi un’eredità culturale, la quale, nel clima diffusivo della globalizzazione può essere, per così dire, ereditata da altri popoli della terra, i quali, a loro volta, possono diffondere il proprio *cultural heritage*.

Può trattarsi di un’ottima abitudine alimentare, quale la dieta mediterranea, o anche della straordinaria tradizione artistica e di socialità costituita dal tango argentino: il fatto è che una nuova possibilità di scambio e recipro-

riflessioni giuridiche su difesa e valorizzazione del patrimonio culturale

cità e, forse, ragionando da giuristi, un nuovo potenziale diritto culturale, si viene ad aggiungere, arricchendo di sé il dialogo tra i popoli.

E la mela di Bernard Shaw? Sarà sempre necessario dividerla, o scambiarla (rimanendone privi) secondo i principi della divisione o della proprietà dei beni che l'antico diritto civile ci ha insegnato? Forse anche per la mela, vale a dire per il bene culturale materiale, la globalizzazione ha aperto una nuova stagione anche di diritto.

Abbiamo già ricordato gli *exempla* dell'accrescersi dei visitatori dei musei e della stessa mobilità delle opere d'arte. Peraltro, l'esplosione delle tecnologie della comunicazione e la loro estrema precisione e, perfino, la loro capacità di far meglio leggere le opere d'arte, hanno creato una nuova, generalizzata possibilità di accesso ai beni culturali tanto materiali quanto immateriali senza che vi sia la necessità né di dividerle né di spostarli.

Quando lo studioso di diritto costituzionale, specie se arricchito dallo sguardo comparatistico, teorizza ormai l'esistenza di un diritto fondamentale ad internet²², difende anche questi nuove modalità e nuovi diritti di accesso ai beni culturali su scala planetaria.

Anche in questo modo, la globalizzazione si rivela, oltre che un processo contro il quale occorre approntare strumenti giuridici di difesa e valorizzazione del patrimonio culturale e delle sue diversità, un formidabile strumento di pacifico dialogo tra i popoli.

Abstract

The cultural property sector and, more generally, the cultural heritage sector is not exempt from being involved in the pressing and unstoppable phenomenon of globalisation.

The substantial breaking down of borders and the constant connection of every part of the world has immersed cultural heritage at the centre of a network of relationships no longer only national or international, but global.

This essay aims at analysing the multiple effects of this phenomenon on the category of cultural heritage. Indeed, the understanding of the relationship between globalization and cultural heritage, as well as the resolution of a series of related problems (e.g.: the increase demand for culture, the increase in illicit trafficking cultural goods, the need to prepare a regulation, etc. . .), which have become more urgent with the

²² Per un compiuto studio sul rapporto tra internet e il Diritto, anche in relazione all'art.19 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, si veda, T.E. Frosini, *Liberté, Égalité, Internet*², Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

chiara antonia d'alessandro

creation of a “global market”, have made it clear to lawyers and academics, especially those specialised in comparative law, that the discipline of cultural heritage contains an unavoidable tension between the national framework and the international one.

The contribution aims also at providing a further reading of the relationship between globalization and cultural heritage, which cannot be overlooked: to understand cultural heritage no longer only as an object but also as a positive protagonist of the globalization process, meaning the globalisation as a dialogue between communities and the breaking down of borders. In this sense, the two UNESCO conventions for the protection of the intangible cultural heritage (2003) and the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (2005) can be framed.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

JACOPO BERCELLI è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Verona

FEDERICO CAPORALE è assegnista di ricerca presso l'Università di Bologna e abilitato allo svolgimento delle funzioni di professore associato di Diritto amministrativo

CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO è assegnista di ricerca della Unesco Chair on Intangible Cultural Heritage, presso l'Università Unitelma Sapienza di Roma

LUCA GALLI è assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca

GIORGIO MOCAVINI è ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico all'Università degli Studi di Palermo

GIUSEPPE PIPERATA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università IUAV di Venezia.

NICOLA POSTERARO è dottore e assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano e abilitato allo svolgimento delle funzioni di professore associato di Diritto amministrativo

ALDO SANDULLI è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

CECILIA SERENI LUCARELLI è dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università di Bologna

ROCCO STEFFENONI è dottorando di ricerca in Legal Studies (International Law and Economics) presso l'Università Bocconi e Research Assistant presso la London School of Economics and Political Science

PIETRO ZOLI è dottore in giurisprudenza, con laurea conseguita presso l'Università di Bologna

MUNUS
RIVISTA GIURIDICA DEI SERVIZI PUBBLICI
INDICE ANNUALE 2019

Editoriali

- FULVIO CORTESE, *L'istruzione nazionale "a scuola" di servizio pubblico*
n. 2, v-XIII
- LORENZO SALTARI, *Avversione ai poteri neutrali e indipendenti. Conseguenze durevoli?*
n. 1, v-X
- ALDO SANDULLI, *L'autonomia nella scuola tra chimera e rischio*
n. 2, xv-XIX
- ALDO SANDULLI, *Quali riforme per la pubblica amministrazione?*
n. 3, v-VIII

Saggi

TOMMASO BONETTI, *Le autonomie tra governo del territorio e tutela della salute*
pp. 31-45

Il contributo si propone di esaminare le relazioni intercorrenti tra le funzioni di governo del territorio, segnatamente di ordine urbanistico, e quelle di tutela della salute, in particolare di programmazione sanitaria.

Dopo aver richiamato il quadro concettuale di riferimento, l'indagine si sofferma innanzitutto sui contorni strutturali e funzionali del rapporto nell'attuale scenario ordinamentale.

Muovendo da tali acquisizioni, si svolgono alcune considerazioni finali intorno alle prospettive dischiuse dalle elaborazioni in tema di *urban health*.

FEDERICO CAPORALE, *Pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive*

pp. 747-772

Il coinvolgimento di operatori privati, nel settore dei servizi idrici, è un'opzione pressoché inevitabile, dati gli ingenti investimenti necessari per sostituire, rinnovare e mantenere gli impianti acquedottistici: per offrire un servizio idrico di qualità ai cittadini, è necessario abbandonare le ipostattizzazioni (la gestione pubblica meno efficiente di quella privata; la gestione privata incompatibile con il diritto fondamentale all'acqua e con la natura essenziale della risorsa idrica) e risolvere gli snodi critici che ancora caratterizzano il rapporto pubblico-privato in questo settore. Le disfunzioni sono ancora numerose e l'attribuzione delle funzioni di regolazione all'ARERA ha solo parzialmente migliorato la situazione: le disfunzioni dell'interazione tra pubblico e privato sono ricadute principalmente sugli utenti.

Il legislatore italiano ha inteso il rapporto pubblico-privato nei servizi idrici come occasione per contenere la spesa pubblica e ridurre la sfera pubblica: invece, per funzionare, esso presuppone una redistribuzione di funzioni all'interno delle amministrazioni. Non meno spese, ma altre spese. La sottrazione di compiti operativi e gestionali deve essere compensata da una regolazione chiara e controlli nuovi e più efficaci: queste due ultime funzioni sono necessarie per tutelare gli utenti e creare le condizioni per la concorrenza (almeno "per il mercato"); altrimenti, il rapporto pubblico-privato rischia di diventare un'occasione per rimpiazzare un monopolio pubblico con uno privato, a danno degli utenti (e, nel caso dei servizi idrici, anche dell'ambiente, data la natura particolare dell'acqua). Perciò, il rapporto pubblico-privato dovrebbe essere accompagnato da investimenti nel reclutamento e nella formazione del personale e nelle dotazioni tecniche delle amministrazioni.

Tutto questo, però, nel caso del servizio idrico, non è avvenuto: anzi, le poche riforme organizzative sono state collegate all'esigenza opposta di ridurre la spesa pubblica. Questo approccio 'dimezzato' al rapporto pubblico-privato (cioè focalizzato solo sulla natura soggettiva del gestore e non sul sistema regolatorio e organizzativo) ha reso le riforme di questi anni non sempre efficaci.

Per far funzionare il rapporto pubblico-privato (indispensabile, dati gli elevati investimenti di cui il settore ha bisogno) e, più in generale, per rendere efficace e omogenea sul territorio nazionale la prestazione di questo servizio fondamentale per la vita umana, è necessario ripensare questo approccio e stabilire regole e controlli efficaci che tutelino gli utenti, permettano loro di influire nei processi decisionali del settore e consentano alle imprese pubbliche e private di operare in maniera efficiente, obbligandole, al contempo, a investire nella manutenzione della rete.

ROBERTO CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico della città*

pp. 365-383

Lo scritto affronta il tema della Città quale ordinamento complesso che, in ragione del costante flusso di popolazione che, per diverse ragioni, accedono ad essa o da essa ne dipartono, rappresenta il luogo ove pluralità e differenziazione coesistono.

I servizi materiali ed immateriali che la Città offre determinano l'instaurazione di una relazione periodica e per nulla causale tra il concentrico cittadino e i flussi di popolazione, che non necessariamente coincidono con i residenti di quella Città. In ragione di questa alta interazione sociale, la Città diviene un punto-rete (hub) o rete delle reti (*network of networks*) e, non da ultimo, luogo prediletto di esercizio delle libertà.

Nella Città, infatti, assumono rilievo tanto i diritti degli individui, quanto quelli fondamentali delle comunità organizzate che in essa si incontrano e si relazionano: ognuna di queste esiste e si organizza in funzione del soddisfacimento dei propri bisogni con propri diritti, poteri, obblighi e doveri ed è per ciò solo definita ordinamento giuridico.

Pluralità e differenziazione caratterizzano la Città, definendola quale luogo di pluralità di ordinamenti, che incontra l'unico limite nella pur sempre necessaria riduzione ad unità.

ENRICO GUARNIERI, *Riflessioni sulla (in)sindacabilità dell'atto di recesso dal contratto di appalto pubblico*

pp. 47-90

L'articolo analizza il recesso dal contratto di appalto pubblico così come regolato dall'art. 109, d.lgs. n. 50/2016, al fine di verificare se e in che modo la stazione appaltante debba motivare la propria scelta di recedere dal rapporto contrattuale. L'idea principale è che il tradizionale inquadramento del recesso nell'alveo degli schemi privatistici (recesso *ad nutum*) potrebbe compromettere il risultato provvisorio ottenuto all'atto dell'aggiudicazione: in altre parole, quella interpretazione potrebbe pregiudicare i risultati che la dir. 2014/24/Ue si prefigge di raggiungere tramite l'amministrazione e le sue commesse pubbliche. Poiché il controllo fondato sull'abuso del diritto è ritenuto inadatto a garantire il corretto sindacato sia dell'atto di recesso che della sua funzionalizzazione all'interesse pubblico, la proposta è quella di riflettere in ordine all'unitarietà dello statuto giuridico dell'attività amministrativa. L'unitarietà della vicenda contrattuale condurrà a svolgere alcune conclusive riflessioni in relazione all'attuale riparto di giurisdizione.

ENRICO GUARNIERI, *Procedura ristretta, forcella e scelte negoziali: interrogativi sul rilancio di una procedura poco utilizzata*

pp. 419-456

Sullo sfondo di un dato empirico rappresentato dallo scarso utilizzo delle procedure ristrette nell'ambito della contrattazione pubblicistica, l'articolo analizza gli istituti, le criticità e le potenzialità rilevanti al fine del rilancio delle procedure in commento. In particolare, nell'ottica della maggiore personalizzazione delle procedure di scelta del contraente, l'attenzione sarà dedicata allo studio critico della riduzione del numero dei candidati (c.d. forcella, ex art. 91, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), intesa come facoltà capace di valorizzare la flessibilità e la responsabilità, lato sensu intesa, del contraente pubblico nell'assunzione delle sue scelte negoziali.

GIORGIO MOCAVINI, *Le tre dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato*

pp. 773-794

L'articolo esamina le caratteristiche principali del sistema tariffario idrico, prendendo in considerazione l'evoluzione delle competenze tariffarie e illustrando le diverse funzioni delle tariffe idriche. Si sofferma l'attenzione sulle componenti tariffarie destinate a garantire la sostenibilità economico-finanziaria del servizio idrico, dando conto dei mutamenti normativi intervenuti in materia e analizzando le delibere dell'Autorità di settore. Si descrivono, inoltre, i profili di inclusione sociale compresi nei modelli tariffari, attraverso la disamina delle più recenti regolamentazioni amministrative riguardanti il bonus sociale idrico e la disciplina in tema di morosità degli utenti. Successivamente, si esamina la normativa di tutela delle acque in prospettiva ambientale, tenendo conto delle componenti tariffarie previste a questo fine. Infine, si analizzano le possibili prospettive future di regolazione delle tariffe idriche.

GIOVANNI MULAZZANI, *La controversa nozione di controllo pubblico societario nel TUSP, alla luce dell'esame dei piani di riordino delle partecipazioni pubbliche*

pp. 399-417

L'articolo focalizza l'attenzione sulla ricostruzione della nozione di "controllo pubblico" e di società "a controllo pubblico" all'interno del d.lgs. n. 175/2016, testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSP). L'esame dei piani di revisione straordinaria ex art. 24 TUSP sottoposti all'attenzione delle sezioni regionali di Controllo della Corte dei conti ha dato esiti alquanto eterogenei e contrastanti quanto agli orientamenti emersi a proposito delle citate nozioni. L'esigenza di riportare a sistema, tra le altre anche una visione unitaria circa la qualificazione di "controllo pubblico" e di società "a controllo pubblico" è emersa anche dal "Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche", curato dal MEF in cui è stato segnalato

che il mancato adeguamento ed i ritardi registrati sotto il profilo dell'attuazione del TUSP, sono in parte imputabili anche ad una difficoltà e sufficiente chiarezza di ordine qualificatorio in merito alle citate nozioni. La ricostruzione delle posizioni assunte dalla dottrina, dalla giurisprudenza, sia contabile sia amministrativa ed infine da altre autorità quali la Struttura di monitoraggio del MEF e dell'ANAC, che hanno animato il dibattito tuttora in corso, è fondamentale al fine di chiarire le tendenze attuali non soltanto circa l'interpretazione delle nozioni di "controllo pubblico" e di società "a controllo pubblico", ma sotto il profilo pratico-applicativo, con riferimento al quadro di sostenibilità economico-finanziaria della finanza pubblica e dell'effettività in termini di attuazione delle disposizioni della riforma introdotta a mezzo del TUSP, atteso che circa la metà delle norme del testo unico riguarda esclusivamente le società a controllo pubblico.

CESARE PINELLI, *Autonomia universitaria, valutazione dell'attività scientifica e scelte dei giurpubblicisti*

pp. 385-397

La ricerca dell'autore è concentrata sulla difficile relazione fra il principio costituzionale dell'autonomia universitaria e la legislazione che ha introdotto una istituzione volta alla revisione accentrata delle attività dei professori universitari, attraverso i contributi scientifici che si sono cimentati al riguardo. La ricerca esamina sia gli equivoci in cui sono talora incorsi tali contributi, sia gli sforzi di superare le citate difficoltà, col fine di prospettare un quadro dell'effettiva posta in gioco emergente dalle controversie sul tema.

TONY PROSSER, *Regulating a Fragmented Rail System in the UK*

pp. 1-29

Il Regno Unito ha seguito per l'organizzazione del suo sistema ferroviario un percorso diverso da quello degli altri paesi europei, e invero della stessa Unione Europea. Nel regime del Railway Act del 1993 l'industria era frammentata in un numero di gestori a contratto, mentre l'infrastruttura era posseduta e gestita da Railtrack, una società privatizzata, che nel 2002 è stata posta in liquidazione e acquisita da Network Rail. Quest'ultima è tornata totalmente in mano pubblica nel 2014 e ora ha suddiviso la rete in segmenti regionali. Network Rail è regolata dall'Office of Rail and Road, che la sottopone a valutazioni molto approfondite di efficienza ogni cinque anni, stabilendo l'entità dei finanziamenti di cui essa ha bisogno. Il servizio di trasporto passeggeri è gestito da società sulla base di 15 concessioni (franchises) suddivise per tratte e aree geografiche; c'è scarsa apertura alla concorrenza tra gli operatori del mercato. Le concessioni vengono affidate dal Ministero dei Trasporti con una procedura mista di evidenza pubblica e affidamento diretto, e specificano in dettaglio i servizi richiesti.

Il sistema presenta problemi molto gravi di frammentazione e di mancanza di coordinamento (per esempio nella predisposizione degli orari), e non è riuscito a realizzare il trasferimento del rischio dal governo al concessionario. Non si è riusciti a ridurre i costi e il corrispondente finanziamento pubblico, e la qualità del servizio non è uniforme. L'intero sistema è in via di riforma, e tuttavia il futuro è ad oggi incerto.

Articoli

ALESSANDRA ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del Terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*

pp. 139-186

Il codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) e il codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017) sono stati approvati a distanza di circa un anno. Ciò nonostante, sussistono molti problemi di coordinamento tra i due codici, che regolano in modi differenti l'aggiudicazione dei servizi sociali in favore delle organizzazioni non-profit. Da un lato, in accordo con il principio di concorrenza e con la dir. 24/2014/UE, il d.lgs. n. 50/2016 regola le procedure di appalto pubblico (ancorché semplificate). Dall'altro lato, il d.lgs. n. 117/2017 consente alla pubblica amministrazione di raggiungere accordi con le organizzazioni di volontariato tramite procedure più informali. Ciò include scopi di solidarietà e gratuità delle attività, conformemente ai principi costituzionali di solidarietà e alle più recenti decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

L'articolo esamina i due livelli di regolazione alla luce dell'evoluzione della normativa e della giurisprudenza italiana ed europea, evidenziando le problematiche derivanti dalla loro interpretazione e applicazione. Lo studio dimostra come i principi di concorrenza e di solidarietà sono fortemente radicati nei trattati e nelle direttive europee e come il principio di solidarietà sia integrato nella regolazione di molte attività economiche. Ad ogni modo, nella normativa europea il bilanciamento tra i due principi è ancora incerto e spesso ambiguo. Questa incertezza produce importanti conseguenze anche nella distinzione tra servizi di interesse economico e non, che perciò diventa meno utile per definire l'ambito di applicazione della normativa sugli appalti pubblici.

ANDREA AVERARDI, *Gli ausili pubblici al settore cinematografico tra eccezione culturale e regole di mercato*

pp. 259-287

L'elaborato affronta il tema dei finanziamenti pubblici nel settore dell'industria cinematografica e audiovisiva. L'obiettivo del lavoro è identificare, alla luce delle recenti riforme, le caratteristiche dell'intervento dello Stato in questi

settori al fine di comprendere come le componenti culturali ed economiche sono supportate in questo settore e qual è la potenziale efficacia delle sovvenzioni pubbliche così come ridefinite recentemente dal legislatore.

A tal fine, il lavoro è diviso in quattro parti. La prima fornisce una descrizione storica degli strumenti pubblici adottati nell'ultimo secolo per supportare le attività economiche private. La seconda offre una breve ricostruzione dei finanziamenti pubblici nel settore cinematografico. La terza consiste in uno studio approfondito della recente riforma dei meccanismi degli aiuti pubblici per l'industria cinematografica e audiovisiva. Le conclusioni forniranno risposte agli interrogativi della ricerca, consentendo soprattutto di comprendere se ora sia possibile andare oltre la mera efficienza economica nella prospettiva di una politica culturale più matura nel settore cinematografico e audiovisivo. Le conclusioni evidenziano come l'industria cinematografica e audiovisiva continuino a distinguersi proprio per il loro ambito di applicazione, anche in termini di cultura, e sottolineano come le recenti riforme nella legislazione italiana possano aprire la strada al miglior bilanciamento tra le esigenze del mercato e la promozione della cultura.

VITTORIA BERLINGÒ, *Verso un Terzo settore digitale. Nuove prospettive di ricerca sui rapporti tra media civici e pubblica amministrazione*

pp. 667-718

Il saggio muove dalla proposta di inquadrare i rapporti tra pubblica amministrazione e terzo settore secondo un modello di "isomorfismo organizzativo" enucleabile dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, recante il codice del Terzo Settore. Si è, al riguardo, evidenziato come tale ricostruzione consenta, da un lato, di verificare la possibilità di trasporre le attività di interesse generale, elencate nell'art. 5 di detto codice, in una versione digitale, in linea con il modello dell'*e-government* e, dall'altro lato, di ricondurre gli specifici obblighi di pubblicità e gli adempimenti legati al Registro unico nazionale degli Enti del Terzo Settore alla più generale disciplina della circolazione globale dei dati. Una volta chiariti i termini entro i quali, allo stato, è possibile parlare di un Terzo Settore digitale sul piano normativo, si è indagato se e in che limiti l'utilizzo della tecnologia possa fungere da autonomo "formante" per le più recenti manifestazioni del principio di sussidiarietà orizzontale, avendo in particolare riguardo ai *media civici*, quali forme di interazione sul *web*, concepiti come tecniche di sviluppo del capitale sociale dei partecipanti. Rispetto a tali pratiche partecipative, si è, inoltre, cercato di elaborare una versione, sia pure embrionale, del loro statuto giuridico, rilevante sul piano processuale, oltre che su quello sostanziale. Infine si è, conclusivamente, operata una sintesi in termini sistematici, per il tramite di una categoria dogmatica, quella dei beni comuni/relazionali, utile ad inquadrare le forme di *empowerment* civico prese in esame.

ALFONSO MARIA CECERE, *Dalla tutela dell'interesse della comunità locale alla tutela dei diritti. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di prevenzione del gioco d'azzardo*

pp. 313-341

In un contesto attuale come il nostro, che non persegue il gioco d'azzardo in ragione dei benefici che queste attività garantiscono alle finanze dello Stato, molti comuni hanno adottato, nelle loro aree di competenza territoriale, dei regimi giuridici di prevenzione per assicurare e preservare la personalità, la dignità e la salute dei singoli cittadini e, allo stesso tempo, l'armonia e il benessere della collettività. Il settore degli operatori del gioco d'azzardo ha impugnato tali provvedimenti, dando origine ad una controversia che è giunta sino alla Corte costituzionale. La controversia è stata risolta nel senso che i comuni sono legittimati a limitare la libertà di iniziativa economica nei settori del gioco d'azzardo e delle scommesse. Si è così posto in evidenza la stretta connessione tra i provvedimenti dei comuni rivolti a contrastare e prevenire la ludopatia e la protezione di quelle persone che sono particolarmente esposte al gioco d'azzardo ed ai relativi disturbi. In virtù di tale connessione, che riconosce una evidente importanza sociale alle misure adottate sul piano comunale, il giudice amministrativo sembra essere in sintonia con le decisioni delle amministrazioni coinvolte, perché l'esercizio del potere pubblico è rivolto alla tutela degli individui più deboli ed in particolare di quelli che possono divenire con maggiore probabilità patologici giocatori d'azzardo.

TANJA CERRUTI, *La via alla differenziazione delle Regioni italiane: questioni da definire e principio di eguaglianza*

pp. 91-112

Alla luce dei recenti sviluppi che hanno interessato la ricerca di maggiore autonomia da parte delle regioni italiane (in accordo con l'art. 116, c. 3, Cost.), l'articolo si focalizza sulle problematiche più rilevanti che attengono all'implementazione del cosiddetto regionalismo differenziato, da un punto di vista sia procedurale che sostanziale, con speciale attenzione alle connessioni con il principio di uguaglianza garantito dalla Costituzione.

SIMONE FRANCA, *Misure di sostegno pubblico e vantaggi economici per gli enti del Terzo settore*

pp. 719-746

Il diritto del Terzo settore ha progressivamente assunto rilievo rispetto alla disciplina dell'azione amministrativa. In particolare, attraverso il codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017), la pubblica amministrazione è stata dotata di una serie di nuove misure per favorire l'attività degli enti del Terzo settore. Tra le varie misure previste dal codice del Terzo settore, quelle che consistono in

vantaggi economici rappresentano un valido mezzo per promuovere e sostenere le attività svolte dagli attori del Terzo settore. In questa prospettiva, il presente articolo mira ad identificare un modello generale per alcune delle misure di vantaggi economici previsti dal codice, vale a dire quelle che consistono nella erogazione di misure monetarie e nella concessione di beni. L'analisi mostra che i nuovi strumenti previsti dal codice devono inevitabilmente essere letti alla luce dei principi generali, potendo così essere anche valorizzati nell'ambito di un contesto giuridico sufficientemente flessibile.

FORTUNATO GAMBARDELLA, *Autonomia scolastica e pluralismo nella costruzione dell'offerta formativa per la promozione culturale*

pp. 289-312

Il decreto legislativo n. 60/2017, di attuazione della legge n. 107/2015 meglio conosciuta come “Riforma della buona scuola”, intende offrire agli studenti di ogni ordine e grado della scuola italiana un’educazione artistica per promuovere la conoscenza del patrimonio culturale italiano, assicurando un contatto diretto con le esperienze e gli studi relativi alle modalità di espressione artistica. Questa ambizione include anche il finanziamento di alcune misure per sostenere la conoscenza umanistica e le pratiche dell’arte, descritte nel Programma triennale delle arti, adottato con il decreto del presidente del Consiglio dei ministri in data 30 dicembre 2017. L’articolo, dopo avere descritto il modello pluralistico sviluppato dal sistema scolastico italiano, intende verificare se tale modello, che richiede l’autonomia della scuola, sia stato strutturato dialogando con le altre istituzioni del territorio. Il modello incontra soddisfacenti garanzie di implementazione nei meccanismi definiti dai relativi interventi legislativi e governativi nel settore della promozione della cultura e dello sviluppo della creatività.

LUCA GALLI, *La responsabilità amministrativa per incarichi extra officio dei docenti universitari*

pp. 937-970

L’apparato normativo disciplinante le attività extra-accademiche dei docenti universitari appare, ad oggi, ancora privilegiare una dimensione di incompatibilità tra l’incarico pubblico e gli incarichi esterni all’università. Infatti, l’apertura verso una disciplina più elastica perseguita con l’introduzione dell’art. 53, d.lgs. n. 165/2001, fu seguita da un inasprimento del sistema sanzionatorio operante in caso di mansioni *extra-officio* incompatibili o non autorizzate, disposto dalla l. n. 190/2012. La complessità di questo coacervo di sanzioni e responsabilità amministrative costituisce l’oggetto centrale della presente riflessione, diretta a portare alla luce le derive punitive caratterizzanti le più recenti disposizioni concernenti i dipendenti pubblici. Ciò che si vuole dimostrare è

come questi indirizzi, per quanto volti a ottenere una maggiore efficienza e onestà nella pubblica amministrazione, rischiano spesso di introdurre meccanismi non pienamente razionali e capaci di generare conseguenze eccessive in capo ai singoli, portando al sacrificio di altri valori costituzionali.

FABIO GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del Terzo settore*

pp. 499-524

La nuova disciplina del terzo settore impianta dentro una nuova cornice di principi giuridici di diritto pubblico gli enti del Terzo settore. Richiama, infatti, come principio fondamentale della nuova disciplina il principio di sussidiarietà orizzontale, da cui l'A. ritiene che possa ricavarsi un nuovo principio generale, quello di collaborazione, che dovrebbe informare i rapporti tra enti del Terzo settore e pubbliche amministrazioni. Tutta la disciplina si caratterizza, infatti, per prevedere un'ampia gamma di strumenti di sostegno, che ricalcano lo schema del rilascio di vantaggi senza oneri corrispettivi. Ciò, evidentemente, segnala anche una piena alternatività di questi rapporti da quelli disciplinati dal codice dei contratti pubblici. Così sono da intendere anche gli strumenti che il codice del Terzo settore prevede agli artt. 55, 56 e 57, nonostante un discutibile parere del Consiglio di Stato ne mini l'interpretazione.

ANNALISA GUALDANI, *Programmazione e pianificazione dei servizi sociali: il ruolo dei soggetti del Terzo settore*

pp. 525-544

L'articolo esamina il ruolo degli attori del Terzo settore, anche alla luce delle recenti riforme, nell'ambito delle funzioni di pianificazione. Muovendo dall'analisi della legge n. 328/2000 e delle leggi regionali che hanno regolato la materia a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, è preso in considerazione il coinvolgimento degli attori del Terzo settore nel disegno dei piani e nell'implementazione e nella preparazione della rete degli interventi. Speciale attenzione è dedicata alle innovazioni introdotte dal codice del Terzo settore, in particolare con riferimento alle organizzazioni no profit che, in ragione del principio di sussidiarietà orizzontale e in sinergia con le autorità locali, assumono un ruolo chiave nella identificazione dei bisogni e nell'organizzazione di un sistema di interventi che sia in grado di fornire le risposte più appropriate.

CHRISTIAN IAIONE, *Sharing economy e diritto dell'innovazione. Il caso della mobilità urbana*

pp. 187-232

L'articolo intende analizzare i diversi aspetti legali e teorici connessi alle innovazioni sociali e tecnologiche derivanti dal fenomeno che rientra nel no-

vero della c.d. “sharing economy”. Il risultato dell’indagine offre ai regolatori e agli studiosi di diritto pubblico dell’innovazione, soprattutto a quelli interessati a una dimensione locale o urbana, una chiave per guidare l’interpretazione delle politiche pubbliche e di regolazione che consentono all’innovazione di crescere e ai regolatori di governare i rischi connessi a questo fenomeno. In particolare, dopo un inquadramento generale sul ruolo e i contenuti della *sharing economy*, il contributo si focalizza sull’impatto delle nuove tecnologie e piattaforme nel settore della mobilità urbana. Particolare attenzione viene prestata alla regolazione della domanda di mobilità di servizi, un settore caratterizzato da una trama normativa densa tracciata dai legislatori, dalle autorità indipendenti, nonché dalla giurisprudenza europea e nazionale. L’analisi di questo quadro normativo mette in luce un principio metodologico, lo sperimentalismo giuridico urbano, il quale conformemente all’ipotesi di ricerca sviluppata in questo contributo, può diventare un principio guida per interpretare e governare i fenomeni di frammentazione sociale e di innovazione digitale e tecnologica che i decisori pubblici saranno tenuti ad affrontare nel futuro.

ANDREA MAGLIARI, *Servizi sociali di interesse generale e appalti pubblici: concordia discors?*

pp. 599-640

Negli ultimi anni la disciplina normativa relativa alle modalità di affidamento dei servizi sociali è stata oggetto di importanti modifiche. Le novità introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici e dal codice del Terzo settore hanno suscitato un vivace dibattito attorno alla possibilità, e financo alla stessa opportunità, di conciliare le specificità del settore dei servizi sociali con il rispetto delle regole sovranazionali in materia di concorrenza e mercato interno. Nel tentativo di superare un approccio radicalmente dicotomico alla questione, l’articolo si propone di individuare, tra le pieghe della disciplina in materia di appalti pubblici, alcuni margini di flessibilità e adattabilità che consentano di tenere in adeguata considerazione le peculiarità del “mercato” dei servizi sociali e dei soggetti del terzo settore che in esso principalmente operano.

PAOLO MICHIARA, *L’ordinamento giuridico del Terzo settore. Profili pubblicistici*

pp. 457-498

Con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, il legislatore si è prefissato di organizzare in modo complessivo una materia prima suddivisa in vari settori. Prima del codice, infatti, vi erano distinte leggi che disciplinavano, in relazione al Terzo settore, i soggetti (cooperative sociali, imprese sociali, volontariato, associazioni di promozione sociale, fondazioni, etc.), le varie attività connesse a distinti settori (servizi sociali, salute, tossicodipendenza, disabili, inserimento sociale, cultura, istruzione, tempo libero), la fiscalità e gli incentivi. Il codice è riuscito in questo

difficile obiettivo? I principi di sussidiarietà, autonomia della società civile e libertà di associazione sono stati rispettati? Quali sono i principi che caratterizzano ora la riforma? Con il presente contributo proverò a rispondere a queste domande. Inizierò quindi con una introduzione sulla riforma per poi spiegare gli organi ed i soggetti che caratterizzano l'organizzazione e l'ordinamento giuridico del Terzo settore (Fondazione Italia Sociale, vari tipi di organi di controllo, Registro del Terzo settore, centri di servizio per il volontariato). Infine, dopo aver fatto alcune considerazioni sulle attività, i contratti e i beni attinenti al terzo settore, si forniranno alcuni spunti ricostruttivi.

LEONARDO PARONA, *Le potenzialità dell'accreditamento nel sistema integrato dei servizi sociali*

pp. 641-665

Prendendo le mosse dalle novità apportate dal codice del Terzo settore, il contributo discute la tesi secondo cui la gestione dei servizi sociali tramite accreditamento possa offrire potenzialità apprezzabili sia in termini assoluti, sia in termini relativi – ove cioè si raffronti quest'ultimo con modalità di gestione più tradizionali, quali ad esempio la gestione pubblica diretta e l'esternalizzazione tramite contratto di appalto. Le presunte potenzialità, al pari delle criticità che – specialmente nella prassi – connotano l'istituto, vengono discusse, alla luce del contesto normativo nazionale ed europeo, attraverso un'analisi della legislazione regionale di riferimento, dalla quale emergono modelli di accreditamento eterogenei. Proprio in relazione a tali differenze, il contributo si propone di individuare fra i diversi modelli di accreditamento quelli che maggiormente soddisfino le finalità del sistema integrato dei servizi sociali.

SILVIA PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del Terzo settore*

pp. 545-573

Il contributo intende analizzare l'ambito di applicazione dell'art. 55 del codice del Terzo settore al fine di valorizzare la logica collaborativa sottesa all'istituto della co-progettazione, mettendo in luce alcune potenzialità che esso può avere rispetto ai servizi e alle attività di interesse generale organizzati soprattutto a livello locale. In particolare, esso intende analizzare e circoscrivere i dubbi ricostruttivi che si sono posti in merito agli esiti della co-progettazione, finalizzata alla conclusione di un accordo partenariato tra pubblica amministrazione e enti del terzo settore, come emersi dal parere del Consiglio di Stato del 20 agosto 2018, n. 2052.

NICOLA POSTERARO, *Dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale: problemi e prospettive*

pp. 893-934

Lo scritto tratta il tema dell'accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale.

In particolare, nella prima parte del lavoro, si cerca di evidenziare quali siano i problemi pratici cui vanno incontro le persone con particolari necessità laddove vogliano partecipare alla vita culturale del Paese tramite accesso agli edifici in parola (e, dunque, si verifica quanto le norme sul superamento delle barriere architettoniche, sia per come sono scritte, sia per come sono concretamente applicate, riescano davvero a garantire l'inclusione della persona disabile nel contesto culturale della società).

Nella seconda parte, invece, si constata come e se l'interesse al superamento delle barriere architettoniche possa concretamente trovare soddisfacimento nel caso in cui gli interventi astrattamente atti ad assicurarlo siano da effettuare su edifici vincolati (pubblici o privati) perché di interesse storico-artistico. Specificamente, anche attraverso lo studio del potere amministrativo esercitato dalle autorità amministrative deputate alla tutela del vincolo e delle norme che regolano, in entrambi i casi, l'apprestamento degli interventi per il superamento delle barriere architettoniche, si studia il rapporto sussistente tra i due interessi in oggetto (quello all'accessibilità, vantato dai singoli, e quello alla conservazione del bene culturale vincolato, vantato dall'amministrazione deputata a proteggerlo): lo scopo è quello di verificare se, tra di essi, esista una aprioristica incompatibilità e come le norme atte a comporli debbano essere interpretate nel momento in cui debbano essere applicate.

ALESSANDRA SALVATO, *L'ANAS tra privatizzazione sostanziale e gestione pubblica delle autostrade*

pp. 113-137

L'articolo esamina la struttura legale di ANAS e la sua natura ibrida pubblico-privata. ANAS è una società per azioni, ma è allo stesso tempo inclusa nell'elenco delle pubbliche amministrazioni, compilato annualmente dall'ISTAT, perché copre i suoi costi con meno del 50 per cento del proprio fatturato. Al fine di fuoriuscire dal parametro delle pubbliche amministrazioni, ANAS è stata oggetto di fusione con Ferrovie dello Stato S.p.A., che è una impresa commerciale. Tuttavia, il processo di fusione non è ancora del tutto completato. Il lavoro evidenzia che ANAS avrebbe dovuto immettere sul mercato i propri proventi per divenire un'impresa pubblica. Per fare ciò, ANAS dovrebbe entrare in competizione con altri operatori economici eliminando le differenze tra obbligo di pedaggio e strade ad utilizzo gratuito.

CECILIA SERENI LUCARELLI, *Esclusione del concorrente non in regola con il fisco e principio di proporzionalità*

pp. 827-858

L'articolo si occupa dell'esclusione del concorrente dalla gara, con particolare riguardo al caso dell'esclusione dell'operatore economico non in regola con il fisco.

Dopo alcune premesse sul c. 5 dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici nella versione attualmente vigente necessarie per dare atto delle continue modifiche normative e delle numerose incertezze interpretative, l'articolo si concentra sull'ipotesi della violazione tributaria, che a seconda della gravità può essere inquadrata nel c. 1 o nel c. 4, ferma la possibilità per la stazione appaltante di tenerne conto nel giudizio sull'affidabilità e integrità del concorrente.

L'analisi è l'occasione per ragionare sulle prospettive in tema di esclusione e sulla necessità di attualizzare il principio di proporzionalità come canone di azione dell'amministrazione nella fase di scelta del contraente, per evitare esclusioni arbitrarie a fronte di illeciti professionali che in alcun modo possono avere un'incidenza effettiva sul rapporto fiduciario.

ROCCO STEFFENONI, *La resistibile ascesa dell'illecito antitrust come causa di esclusione nel settore degli appalti pubblici*

pp. 795-826

L'articolo esamina la progressiva assimilazione dell'illecito antitrust quale "grave illecito professionale", e quindi astratta causa di esclusione, nell'ambito delle gare pubbliche. A tal fine, viene ripercorsa l'evoluzione sotto tre profili: non solo della giurisprudenza ma anche della normativa e delle relative prescrizioni di "soft law" (ANAC, AGCM). In definitiva, l'analisi consente di osservare alcune delle peculiarità della ricostruzione dell'illecito antitrust nell'ambito del codice dei contratti pubblici (sia del 2006 sia del 2016) che dovrebbero indurre a riconsiderare - o comunque ribilanciare - la portata escludente dell'accertamento anticoncorrenziale, anche tenendo in considerazione i più recenti orientamenti eurounitari in tema di "ne bis in idem" e "nemo tenetur se detegere" da estendersi quindi anche all'ambito delle gare pubbliche e non solo ai procedimenti delle autorità indipendenti.

MARCO TIBERII, *Il settore "no profit" nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*

pp. 575-597

L'articolo si focalizza sulle relazioni tra gli enti pubblici e le organizzazioni no profit, con riferimento alla pianificazione e alla gestione dei servizi pubblici di interesse generale. In particolare, l'articolo esamina la natura degli strumenti giuridici previsti dal codice del Terzo settore e le eccezioni alla regolazione dei contratti pubblici.

GABRIELE TORELLI, *Meccanismi di semplificazione ed interessi ambientali: il punto sul silenzio assenso dell'ente parco*

pp. 233-257

Il lavoro evidenzia il rapporto tra silenzio assenso ed interessi sensibili, con specifico riguardo al settore ambientale. L'attenzione sul tema è dovuta ad un contrasto legislativo sulla materia. Mentre l'art. 20, c. 1, l. n. 241 del 1990 (così come riformato nel 2005) esclude l'applicazione del silenzio assenso in presenza di interessi sensibili, l'art. 13, c. 1, l. n. 394 del 1991, ammette l'operatività dell'istituto all'interno delle aree protette e dei parchi.

Al riguardo, il Consiglio di Stato si è pronunciato in modo differente, dando origine ad orientamenti contrastanti. L'Adunanza plenaria è intervenuta con la sentenza n. 17 del 2016, dichiarando la vigenza dell'art. 13, c. 1, l. n. 394 del 1991, in quanto norma speciale, con la conseguente legittimazione del silenzio assenso nei procedimenti ambientali all'interno delle aree protette.

Tuttavia, la pronuncia è contraddittoria rispetto al parere n. 1640 del 2016 dello stesso Consiglio di Stato sull'art. 17-bis, l. n. 241 del 1990, che ammette il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni, anche in presenza di interessi sensibili. I giudici, infatti, ritengono legittima la disposizione a condizione che ne sia esclusa l'applicazione in favore dei soggetti privati.

L'evidente contrasto tra le due decisioni crea significativi problemi interpretativi e squilibri che vengono esaminati nello studio. A queste incertezze, si aggiunge il fatto che, di recente, una sentenza del Tar Lazio non segue gli insegnamenti dell'Adunanza plenaria, negando l'applicazione del silenzio assenso all'interno di un'area protetta.

PIETRO ZOLI, *Infiltrazioni criminali e appalti pubblici*

pp. 859-892

L'elaborato analizza le caratteristiche delle infiltrazioni criminali all'interno degli appalti pubblici e propone misure concrete finalizzate a prevenire la descritta patologia. Le organizzazioni criminali oramai sono solite nascondersi dietro negozi contrattuali di diritto privato ed adattare le proprie modalità d'intervento a seconda delle diverse fasi che compongono il ciclo d'appalto pubblico. La normativa vigente non pare offrire soluzioni adeguate alla persistente infiltrazione del crimine organizzato nell'economia legale nazionale. Il presente elaborato, dunque, si prefigge l'obiettivo di esplorare nuove prospettive, in particolare focalizzandosi sui temi che seguono: i principali compiti e poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione; la funzione e le differenze tra le interdittive antimafia e le c.d. «white list»; le norme che regolano l'esecuzione degli appalti pubblici. Infine, il principale rimedio suggerito al fine di arginare il problema esaminato è identificato nell'introduzione di una giurisdizione unica in materia di appalti pubblici, in modo tale da prevenire l'infiltrazione crimi-

nale sia nelle fasi che precedono sia in quelle che seguono la stipulazione degli appalti pubblici.

Commenti

KLAUDIA KURCANI, *La rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia: un principio dai confini incerti*

pp. 343-364

Il principio di rotazione deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici che devono essere consultati e invitati a presentare le loro offerte. La rotazione trova il suo fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati dove il numero di operatori economici che ivi operano non è elevato.

Proprio in virtù di ciò, è fondamentale impedire che l'appalto venga affidato in assenza di un confronto concorrenziale, al fine di garantire, da un lato, alle micro, piccole e medie imprese di concorrere ad armi pari nel mercato e consentire, dall'altro, la distribuzione delle opportunità di partecipare tra tutti gli operatori economici interessati. Per queste ragioni, l'invito sia del gestore uscente sia dell'operatore economico che è stato solamente invitato alla precedente gara riveste carattere eccezionale e deve essere motivato.

Opinioni

JACOPO BERCELLI, *Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica come disciplina dell'attività amministrativa tramite società di capitali*

pp. 983-992

Ad una prima lettura, il d.lgs n. 175 del 2016 appare una legge nella quale coesistono i due sistemi del diritto pubblico e del diritto privato, ma nel quale, in caso di contrasto, prevale in diritto privato. Questa lettura tuttavia non appare soddisfacente. In realtà questo testo normativo va letto alla luce dei principi dell'art. 97 Cost., considerati come prevalenti rispetto al rinvio al diritto privato. In questo senso sono numerose pronunce del giudice amministrativo e del giudice contabile.

CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO, *Riflessioni giuridiche su difesa e valorizzazione del patrimonio culturale al tempo della globalizzazione*

pp. 993-1004

L'incessante fenomeno della globalizzazione non ha mancato di coinvol-

gere, tra i diversi settori della vita umana, anche quello del patrimonio culturale. Il sostanziale abbattimento dei confini e la costante connessione di ogni parte del mondo hanno immerso i beni culturali al centro di una rete di rapporti non più solo nazionali o internazionali, ma globali.

Il contributo si propone di analizzare i molteplici effetti di questo fenomeno sulla categoria dei beni culturali. Infatti, la comprensione del rapporto tra globalizzazione e patrimonio culturale, così come la risoluzione di una serie di problemi correlati a questo fenomeno (accrescimento della domanda di cultura, aumento del traffico illecito di beni culturali, ecc...), che sono diventati più urgenti con la creazione di un “mercato globale”, hanno fatto capire al giurista, soprattutto comparatista, che la disciplina dei beni culturali contiene una tensione inevitabile tra il quadro nazionale e quello internazionale.

Il contributo intende anche fornire un’ulteriore lettura del rapporto tra globalizzazione e patrimonio culturale, che si ritiene non possa essere trascurato: concepire il patrimonio culturale non più solo come vittima del fenomeno, ma anche come *protagonista positivo* del processo di globalizzazione, interpretando, altresì, quest’ultima, come dialogo tra comunità e abbattimento delle frontiere. In questo senso vengono inquadrare le due Convenzioni UNESCO per la protezione del patrimonio culturale immateriale (2003) e la Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali (2005).

GIUSEPPE PIPERATA, *Le nuove coordinate organizzative per l’amministrazione locale “satellite” in forma privatistica*

pp. 975-982

C’è sempre stata nell’evoluzione del sistema amministrativo italiano la tendenza delle amministrazioni pubbliche a costituire organismi di varia natura ai quali affidare un ruolo ancillare nello svolgimento di specifici compiti verso l’esterno o anche azioni di supporto strumentale rivolto a proprio vantaggio. La dottrina ha chiamato questi enti organismi satellite e il fenomeno ha riguardato soprattutto l’amministrazione locale. Se prima vi era una certa libertà da parte degli enti locali nella costituzione di tali soggetti, ultimamente sono stati introdotti alcuni limiti da parte dell’ordinamento giuridico. Lo scritto si pone l’obiettivo di segnalare le nuove coordinate organizzative dell’amministrazione satellite, individuate dal legislatore e dalla giurisprudenza e rivolte agli enti locali.

ALDO SANDULLI, *Il Codice dei contratti pubblici tra resistenze nazionali e spinte europee*

pp. 971-976

Il Codice dei contratti pubblici è costantemente oggetto di trasformazione e modifica normativa, alla ricerca del modo migliore per dare attuazione alla disciplina europea, anche a causa del fatto che il legislatore nazionale non sempre

munus - indice annuale 2019

ha tenuto adeguatamente conto delle tendenze emerse nella normativa e nella giurisprudenza euro-unitarie.

Nel corso dell'ultimo anno, i decreti Sblocca cantieri e Semplificazioni, assieme ad altri provvedimenti, hanno ulteriormente modificato la disciplina di settore. L'emergenza epidemiologica ha aperto una nuova fase nella disciplina dei contratti pubblici, improntata alla deroga e all'accelerazione delle procedure di affidamento, ma sempre stando attenti al rinvenimento del giusto equilibrio tra esigenze di efficienza e di garanzia.

RAPPORTO ANNATA 2019

Contributi ricevuti e percentuale di quelli pubblicati e di quelli scartati. Elenco dei referees.

Tutti i contributi proposti nel 2019 per la pubblicazione nella Rivista sono stati sottoposti ad una prima valutazione da parte della Direzione e del Comitato direttivo. A seguire, gli articoli approvati sono stati sottoposti a referaggio anonimo. Solo gli editoriali e alcuni commenti sono stati pubblicati all'esito della sola valutazione positiva da parte della Direzione e del Comitato direttivo.

Nella tabella che segue sono riportati i dati relativi ai contributi ricevuti nel 2019 e delle valutazioni riguardanti i numeri pubblicati nell'annata.

Contributi ricevuti nel 2019	50
Contributi respinti dalla direzione della rivista	7
Editoriali e commenti	8
Contributi referati	35
Contributi respinti all'esito del referaggio	3
Contributi accettati e pubblicati	32

Munus ringrazia i referees che nel 2019 hanno collaborato con la rivista:

Giulia Avanzini, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Pavia
Jacopo Bercelli, associato di diritto amministrativo dell'Università di Verona
Vittoria Berlingò, associato di diritto amministrativo dell'Università di Messina
Marco Bombardelli, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Trento
Barbara Boschetti, ordinario di diritto amministrativo dell'Università Cattolica del
Sacro Cuore di Milano
Gabriele Bottino, associato di diritto amministrativo dell'Università statale di Milano
Lucia Busatta, assegnista di ricerca, abilitata alla seconda fascia per diritto costituzionale
Massimo Calcagnile, associato di diritto amministrativo dell'Università di Bologna
Roberta Calvano, ordinario di diritto costituzionale dell'Università La Sapienza di
Roma
Enrico Carloni, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Perugia
Antonio Cassatella, associato di diritto amministrativo dell'Università di Trento
Pasquale Cerbo, associato di diritto amministrativo dell'Università di Pavia
Paola Chirulli, ordinario di diritto amministrativo dell'Università La Sapienza di
Roma

munus - indice annuale 2019

- Giovanni D'Angelo, associato di diritto amministrativo dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
- Marzia De Donno, ricercatore t.d. di diritto amministrativo dell'Università di Ferrara
- Luca de Lucia, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Salerno
- Filippo Dallari, Magistrato Tar Veneto
- Monica Delsignore, ordinario di diritto amministrativo dell'Università Bicocca di Milano
- Ruggero Dipace, ordinario di diritto amministrativo dell'Università del Molise
- Emiliano Frediani, associato di diritto amministrativo dell'Università di Pisa
- Silvia Frego, associato di diritto amministrativo dell'Università Liuc - Castellanza
- Annalaura Giannelli, associato di diritto amministrativo dell'Università Telematica G. Fortunato
- Marco Magri, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Ferrara
- Giuseppe Manfredi, ordinario di diritto amministrativo dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza
- Barbara Marchetti, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Trento
- Maura Mattalia, associato di diritto amministrativo dell'Università di Torino
- Livia Mercati, associato di diritto amministrativo dell'Università di Perugia
- Francesco Midiri, ordinario di diritto amministrativo dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
- Giorgio Mocavini, ricercatore a t.d. di istituzioni di diritto pubblico dell'Università di Palermo
- Viviana Molaschi, associato di diritto amministrativo dell'Università di Bergamo
- Massimo Occhiena, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Sassari
- Angelo Giuseppe Orofino, associato di diritto amministrativo dell'Università Lum di Casamassima
- Silvia Pellizzari, associato di diritto amministrativo dell'Università di Trento
- Paola Piras, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Cagliari
- Giovanna Pizzanelli, associato di diritto amministrativo dell'Università di Pisa
- Margherita Ramajoli, ordinario di diritto amministrativo dell'Università Statale di Milano
- Anna Romeo, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Messina
- Giacomo Santi, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università di Bologna
- Mario Savino, ordinario di diritto amministrativo dell'Università della Toscana
- Girolamo Scullo, già ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Bologna
- Stefano S. Scoca, ordinario di diritto amministrativo dell'Università per stranieri di Reggio Calabria
- Daniele Senzani, ordinario di istituzioni di diritto pubblico dell'Università di Bologna
- Bruno Tonoletti, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Pavia
- Silvia Tuccillo, associato di diritto amministrativo dell'Università Federico II di Napoli.

Finito di stampare nel mese di luglio 2020
dalla *Grafica elettronica* - Napoli